

# Likebehandlingsprinsippet i offentlige anskaffelser

Særlige fordeler gjennom markedsdialog og kravspesifikasjoner

Kandidatnummer: 219

Leveringsfrist: 1. juni 2015

Antall ord: 38 046



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Emnet .....	1
1.2	Rettskilder og metode .....	2
1.3	Om bruk av rettslige prinsipper .....	4
1.4	Avgrensning .....	6
1.5	Nærmere om utvalg av problemstillinger .....	7
1.6	Den videre fremstillingen.....	8
<b>2</b>	<b>LIKEBEHANDLINGSPRINSIPPET .....</b>	<b>9</b>
2.1	Innledning .....	9
2.2	Generelt om likebehandlingsprinsippet .....	10
2.2.1	Rettslig grunnlag.....	10
2.2.2	Prinsippets materielle innhold .....	12
2.2.3	Sammenlignbare situasjoner .....	12
2.2.4	Objektiv begrunnelse .....	15
2.3	Forholdet til andre anskaffelsesrettslige prinsipper .....	17
2.3.1	Innledning .....	17
2.3.2	Konkurranse.....	18
2.3.3	Gjennomsiktighet.....	19
2.3.4	Proporsjonalitet.....	19
2.4	Utjevning av konkurransefordeler .....	20
2.5	Planleggingsfasen.....	21
2.6	Sammenfatning .....	22
<b>3</b>	<b>SÆRLIG FORDEL GJENNOM MARKEDSDIALOG .....</b>	<b>23</b>
3.1	Innledning .....	23
3.2	Historisk utvikling.....	24
3.3	Reguleringen av markedsdialog i anskaffelsesdirektivet.....	25
3.3.1	Det nye anskaffelsesdirektivet.....	25
3.3.2	Dialog med markedet.....	25
3.3.3	Hvem er omfattet av bestemmelsen.....	27
3.3.4	Hvilke råd / former for dialog er omfattet .....	29
3.4	Når får rådgiveren en særlig fordel? .....	32
3.4.1	Innledning .....	32
3.4.2	Kvalifisert konkurransefordel.....	33
3.4.3	Kunnskapsfordel.....	34

3.4.4	Fordel i tid .....	41
3.4.5	Forhold ved markedet / partene .....	45
3.5	Oppdragsgivers plikter etter likebehandlingsprinsippet .....	49
3.5.1	Innledning .....	49
3.5.2	Plikt til å gjennomføre markedsdialog? .....	49
3.5.3	Utjevning av rådgiverens fordel .....	50
3.5.4	Avvisning.....	58
3.6	Sammenfatning .....	62
<b>4</b>	<b>SÆRLIG FORDEL GJENNOM KRAVSPESIFIKASJONENE.....</b>	<b>65</b>
4.1	Innledning .....	65
4.2	Historisk utvikling.....	66
4.3	Regulering av tekniske spesifikasjoner i anskaffelsesdirektivet.....	67
4.3.1	Tekniske spesifikasjoner.....	67
4.3.2	Utformingen av spesifikasjonene .....	68
4.3.3	Bruk av standarder.....	69
4.3.4	Forbudet mot bruk av varemerker mv. ....	70
4.4	Når utgjør kravspesifikasjonen en særlig fordel? .....	75
4.4.1	Innledning .....	75
4.4.2	Formuleringen av spesifikasjonene: Klarhetskravet.....	76
4.4.3	Konkurransebegrensende spesifikasjoner.....	78
4.4.4	Proporsjonalitet.....	82
4.5	Oppdragsgivers plikter etter likebehandlingsprinsippet .....	84
4.5.1	Utjevning av bestemte leverandørers konkurransefordeler .....	84
4.5.2	Avvisning.....	92
4.5.3	Avlysning.....	93
4.6	Sammenfatning .....	94
<b>5</b>	<b>AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER.....</b>	<b>96</b>
<b>6</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>101</b>
6.1	Internasjonale kilder.....	101
6.2	Norske kilder.....	104
6.3	Utenlandske kilder .....	106
6.4	Litteratur.....	106
6.5	Andre kilder .....	110

# 1 Innledning

## 1.1 Emnet

Emnet for avhandlingen er likebehandlingsprinsippet i offentlige anskaffelser. Likebehandlingsprinsippet gjelder i hele anskaffelsesprosessen og er en sentral del av anskaffelsesreglene. Likebehandlingsprinsippets materielle innhold, slik det er utviklet av EU-domstolen, er at like tilfeller skal behandles likt og ulike tilfeller ulikt, med mindre det er objektiv begrunnelse for forskjellsbehandling.<sup>1</sup> Formuleringen sier lite om innholdet av prinsippet og det byr på utfordringer for både oppdragsgivere og leverandører i anskaffelsesprosessen.

Det er helt sentralt i anskaffelsesreglene at det offentlige skal inngå avtaler som har vært utsatt for konkurranse. Et kjennetegn er at leverandørene skal gis like vilkår og muligheter. For å oppfylle dette er likebehandlingsprinsippet sentralt. Jeg har valgt å ta utgangspunkt i problemstillinger som aktualiserer seg i planleggingsfasen. Grunnlaget for en effektiv konkurranse basert på likebehandling legges i nettopp denne fasen. Dersom oppdragsgiver kommer skjevt ut her er det vanskelig og kostbart å rette opp i de senere fasene.

Formålet med avhandlingen er å belyse likebehandlingsprinsippet. Dette skal jeg gjøre ved å vise hvordan likebehandlingsprinsippet *brukes* i planleggingsfasen. Spørsmål om likebehandling oppstår typisk i forbindelse med konkrete konkurransefordeler som en eller flere leverandører har fått. Likebehandlingsprinsippet er ikke definert i anskaffelsesdirektivet.<sup>2</sup> Reguleringen av konkurransefordelene har kommet til uttrykk på mange forskjellige måter i anskaffelsesregelverket.<sup>3</sup> Som en samlebetegnelse har jeg valgt å kalle disse for særlige konkurransefordeler.

Likebehandlingsprinsippet blir påberopt i svært mange saker om offentlige anskaffelser. Et enkelt søk i Lovdata viser at det er publisert totalt 201 avgjørelser fra norske domstoler hvor lov om offentlige anskaffelser (LOA) eller forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) er blitt brukt. Av disse omtalte 41 likebehandlingsprinsippet. I EurLex er det 277 avgjørelser og generaladvokatuttalelser fra EU-domstolen hvor det gamle anskaffelsesdirektivet er nevnt. Likebehandlingsprinsippet er omtalt i 56 av dem. Det vil si at likebehandlingsprinsippet er om-

---

<sup>1</sup> Sak C-21/03 (Fabricom) premiss 27.

<sup>2</sup> Direktiv 2014/24/EU, heretter direktivet.

<sup>3</sup> For eksempel: «konkurrencen ikke fordrejes» i anskaffelsesdirektivets artikkel 41, «ubegrundede hindringer [i] konkurrence[n]» i direktivets 42, «konkurrence forhindres» i punkt 8 i fortalen til direktiv 2004/18/EF, «urimelig konkurransefordel» i forslaget til ny anskaffelsesforskrift § 7-2 og «utelukke konkurranse» i FOA § 3-8.

talt i over 20 % av alle avgjørelser om offentlige anskaffelser.<sup>4</sup> Søkene sier selvfølgelig ikke noe om prinsippet var avgjørende for utfallet, men de viser at prinsippet er mye påberopt i anskaffelsesretten.

De grunnleggende prinsippene har en særlig stilling i anskaffelsesretten. Dette er typisk for EU-retten hvor prinsipper har en mye mer sentral rolle enn de har i norsk rett. Det sentrale i avhandlingen blir derfor først å klarlegge prinsippets innhold for deretter å se hvordan det brukes på konkrete problemstillinger. Temaene jeg har valgt å behandle i planleggingsfasen er konkurransefordeler leverandørene kan få gjennom markedsdialog og gjennom oppdragsgivers utforming av kravspesifikasjonene.

## 1.2 Rettskilder og metode

Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV) er grunnlaget for marksedsreglene i EU-samarbeidet. Traktaten inneholder blant annet reglene om fri bevegelse. Det er ingen særegen regulering av anskaffelsesspørsmål i traktaten, men regelen om fritt varebytte i artikkel 34 og tjenestefriheten i artikkel 56 kan anvendes på anskaffelsesspørsmål. I tillegg vil etableringsretten i artikkel 49 også kunne være relevant. EØS-avtalen inneholder tilsvarende bestemmelser. En forutsetning for at disse reglene skal komme til anvendelse er at det foreligger et grenseoverskridende element.

De nye anskaffelsesdirektivene ble formelt vedtatt i februar 2014 og gjennomføringsfristen i EU er 18. april 2016. I denne avhandlingen vil fokus primært være på direktiv 2014/24/EU (anskaffelsesdirektivet). Direktivet kommer til anvendelse på offentlige innkjøp av varer og tjenester over en angitt terskelverdi. I motsetning til traktatens regler om fri bevegelse kommer direktivet til anvendelse uten noen form for grenseoverskridende element.<sup>5</sup>

For å tolke traktaten og direktivene er praksis fra EU-domstolen (Domstolen) en sentral rettskilde. Likebehandlingsprinsippet har blitt utviklet i praksis fra Domstolen, først med grunnlag i traktatens regler om fri bevegelse. I *Storebælt-saken* fra 1993 slo EU-domstolen for første gang fast at det gjelder et likebehandlingsprinsipp på anskaffelsesrettens område.<sup>6</sup> I *Fabricom-dommen* ble det nærmere innholdet av prinsippet fastlagt.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Søkeordene som ble brukt var henholdsvis «likebehandlingsprinsippet» og «likebehandlingsprinsippet». Søkene tar altså ikke høyde for avgjørelser hvor domstolen har brukt andre uttrykk. For eksempel ikke-diskriminering, forskjellsbehandling o.l.

<sup>5</sup> Direktivets artikkel 1 og 2 og Fredriksen (2014) s. 69.

<sup>6</sup> Sak C-243/89 (*Storebælt*).

<sup>7</sup> Sak C-21/03 (*Fabricom*).

Ved tolkningen av direktivet har forarbeider fra kommisjonen og parlamentet tradisjonelt ikke blitt tillagt særlig vekt av EU-domstolen. I senere tid har bruken av denne rettskilden økt.<sup>8</sup> Direktivets fortale vil også kunne ha en viss betydning, men Domstolen har ofte understreket at denne ikke er rettslig bindende.<sup>9</sup>

I juridisk teori er likebehandlingsprinsippet undergitt en fragmentert behandling. Det blir behandlet sammen med de konkrete materielle problemstillingene, men i svært liten grad gitt en samlet behandling. Den eneste samlede behandlingen jeg har funnet, er danske Steen Treumers doktoravhandling fra år 2000, «Ligebehandlingsprinsippet i EU's udbudsregler». Avhandlingen består av tre materielle deler og behandler henholdsvis inhabilitet, forhandlingsforbudet og avlysning av konkurransen. Kun den første delen vil være direkte relevant for min avhandling. Treumers hovedfunn var at direktivene la stor vekt på likebehandlingsprinsippet på bekostning av det offentliges interesser. Danske avgjørelser tolket ofte prinsippet restriktivt for å veie opp for dette og dermed gi oppdragsgiver noe mer handlingsrom.<sup>10</sup>

De norske anskaffelsesreglene er en kombinasjon av EU/EØS-regler og norske regler. Norge gjennomfører forpliktelser til EU gjennom lov og forskrift om offentlige anskaffelser (heretter LOA og FOA). LOA er en rammelov som blant annet inneholder lovens formål og grunnleggende prinsipper. De detaljerte anskaffelsesreglene finnes i FOA, denne inneholder blant annet reglene om dialog med markedet i planleggingsfasen og kravspesifikasjoner. Etter presumsjonsprinsippet skal det norske regelverket tolkes slik at det samsvarer med våre folkerettslige forpliktelser.<sup>11</sup> Dette er en grunn til at hovedfokus i avhandlingen vil være på EU-retten. Etter EØS-avtalen plikter Norge å ta nødvendige skritt for å sikre at relevante rettsakter fra EU blir gjennomført i norsk rett.<sup>12</sup> For å gjennomføre de nye anskaffelsesdirektivene kom Nærings- og fiskeridepartementet 17. mars 2015 med forslag til nytt anskaffelsesregelverk. Forslagene inneholder relativt omfattende endringer. Forslagene til regler om dialog med markedet og kravspesifikasjoner er stort sett utformet på samme måte som direktivet. At det norske regelverket er i endring er også en grunn til at hovedfokus i avhandlingen vil være på EU-retten.

Av norske forarbeider er det særlig forenklingsutvalgets utredning i NOU 2014:4 som er av interesse. Mandatet omfatter egentlig bare anskaffelser under EØS-terskelverdiene, men ut-

---

<sup>8</sup> Jf. sak C-477/13 (Bayerischen Architektenkammer) premiss 33 og sak C-628/13 (Lafonta) premiss 37. Det samme ble påpekt allerede i Arnesen (2009) s. 33.

<sup>9</sup> Sak C-7/11 (Caronna) premiss 40.

<sup>10</sup> Treumer (2000) s. 269 flg.

<sup>11</sup> Arnesen (2009) s. 17.

<sup>12</sup> Jf. EØS-avtalen artikkel 102 og 104.

valget forutsetter at forslaget flere steder har relevans også over terskelverdiene.<sup>13</sup> Utvalget kommer også flere steder med uttalelser om hvordan det nye anskaffelsesdirektivet skal forstås i norsk kontekst.

Norsk rettspraksis på dette området er svært begrenset. *Norconsult-dommen* fra 2012 er et sjeldent eksempel.<sup>14</sup> Den har grunnleggende uttalelser om rådgivning i planleggingsfasen og vil kunne være relevant selv om det norske regelverket blir endret. Ellers foreligger det en del avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Nemndas uttalelser er bare rådgivende og deres betydning er begrenset til argumentasjonsverdien. Samtidig behandler nemnda et stort antall saker hvert år og i mangel på annen praksis har den spilt en sentral rolle i rettsutviklingen.<sup>15</sup> Det er selvfølgelig enda mer begrenset hvilken betydning nemndas avgjørelser har for tolkningen av anskaffelsesdirektivene. Fornyings- og Administrasjonsdepartementets (FAD) har gitt ut en veileder for offentlige anskaffelser som i noen grad vil bli brukt. Vekten av veilederen er begrenset til dens overbevisningsverdi.

Praksis fra danske Klagenævnet for Udbud vil også bli noe brukt i avhandlingen. Avgjørelsene derfra bygger i stor grad på primærkildene, altså EU-direktivene. I Danmark er direktivene gjort til nasjonal rett og de går ikke veien om nasjonale implementeringsbestemmelser for å fastlegge anskaffelsesrettens innhold.<sup>16</sup> Etter den klassiske læren vil slike avgjørelser kunne ha betydning i kraft av sin argumentasjonsverdi, men det finnes norske dommer hvor de blir ansett som relevante i seg selv.<sup>17</sup>

### 1.3 Om bruk av rettslige prinsipper

Bruken av rettslige prinsipper kan variere mellom forskjellige rettsområder. I anskaffelsesretten har de grunnleggende prinsippene en viktig rolle og de brukes på flere forskjellige måter. Rettslige prinsipper er ofte mindre håndfaste enn konkrete regler, dette er også tydelig for de anskaffelsesrettslige prinsippene. Et gjennomgående problem i den forbindelse er at bruk av rettslige prinsipper kan bli lite forutsigbart.<sup>18</sup> I EU-retten har rettslige prinsipper spilt en avgjørende rolle i rettsutviklingen. Prinsippenes betydning som rettskilde er også meget stor. De

---

<sup>13</sup> NOU 2014:4 s. 38.

<sup>14</sup> Saken som omtales her er LB-2010.201985 (Norconsult). Må ikke forveksles med Rt.2013.1025 (Norconsult) som gjaldt korrupsjon og foretaksstraff.

<sup>15</sup> Dragsten (2013) s. 54.

<sup>16</sup> NOU 2014:4 s. 48.

<sup>17</sup> Se også Rt.2008.1705 premiss 35 som lister opp Klagenævnet som en relevant rettskilde. Se også LB-2008-135286 om Klagenævnets relevans. I LB-2013-75034 hadde en svensk underrettsavgjørelse noe betydning for norsk konkurranserett på grunn av EU-rettens stilling på rettsområdet. Det samme vil være tilfelle for anskaffelsesretten.

<sup>18</sup> Steinicke (2008) s. 350.

plasseres rett under traktatene, men anses å ha større vekt enn sekundærretten med direktiver og forordninger.<sup>19</sup>

I norsk rett har vi tradisjonelt vært mer tilbakeholdene med å bruke rettslige prinsipper. Men med blant annet EØS-rettens inntog har bruken av rettslige prinsipper økt.<sup>20</sup> Likebehandlingsprinsippet er regulert i LOA § 5. Etter tradisjonell norsk rettskildelære vil likebehandlingsprinsippet, ved motstrid, gå foran reglene i FOA. Likebehandlingsprinsippet følger også av bestemmelsene om de fire friheter i EØS-avtalens hoveddel. Denne gjelder etter EØS-lovens § 1 som norsk lov. Likebehandlingsprinsippet skal ved motstrid gå foran annen norsk rett.<sup>21</sup>

Hans Petter Graver systematiserer bruken av rettslige prinsipper. Han mener at de brukes på følgende måter: (1) Ved en systematisering og fremstilling av rettsregler, (2) som rettslig argumentasjon, (3) som en sammenfatning av hensyn og (4) ved at prinsippet gis direkte normativ betydning. Det er i den siste kategorien at rettslige prinsipper er mest betydningsfulle.<sup>22</sup> I denne avhandlingen vil fokus være på den siste kategorien, altså der hvor likebehandlingsprinsippet gis direkte normativ betydning.

Med anskaffelsesretten i EU som utgangspunkt, har de grunnleggende prinsippene normativ betydning på tre måter: (1) Som selvstendig rettslig grunnlag, (2) de kan komme til uttrykk i konkrete bestemmelser i direktivet, eller (3) de kan brukes for å tolke andre direktivbestemmelser.<sup>23</sup> Tredelingen tar høyde for at prinsippet kan ses både fra et lovgiverperspektiv og med domstolene som utgangspunkt. Lovgiver utformer de konkrete reglene i direktivet og forholder seg i mindre grad til prinsippet som selvstendig rettslig grunnlag. For domstolene har det mindre betydning om en bestemmelse er en operasjonalisering av et grunnleggende prinsipp.

For å belyse bruken av likebehandlingsprinsippet vil jeg kartlegge bruken av prinsippet som tolkningsfaktor, som grunnlag for konkrete regler og som selvstendig rettslig grunnlag. Enkelte juridiske forfattere mener det ikke er mulig å bygge konkrete rettsregler på de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten.<sup>24</sup> Andre synes å legge til grunn at det kan utledes

---

<sup>19</sup> Craig (2011) s. 109.

<sup>20</sup> Graver (2006) s. 189.

<sup>21</sup> Jf. EØS-lovens § 2. Se også Høgberg (2008) s. 162-164.

<sup>22</sup> Graver (2006) s. 199-200.

<sup>23</sup> Her har jeg valgt en annen oppdeling enn Graver (2006) s. 200. Gravers oppdeling har sammenheng med at han behandler Høyesteretts bruk av rettslige prinsipper. Mitt fokus er på prinsippene i anskaffelsesdirektivet og som supplement til direktivet. Utgangspunktet blir dermed noe annerledes.

<sup>24</sup> Poulsen (2011) s. 49.



konkrete regler fra prinsippene.<sup>25</sup> Det er ikke tvilsomt at likebehandlingsprinsippet brukes som selvstendig rettslig grunnlag. Et sentralt spørsmål som jeg i avhandlingen skal forsøke å belyse, er hvorvidt rettslige prinsipper *bør* brukes som selvstendig rettslig grunnlag.

I anskaffelsesretten har de grunnleggende prinsippene en sentral betydning. Dersom ikke annet fremgår av regelverket, vil en handlemåte være lovlig så lenge den ikke strider mot de grunnleggende prinsippene.<sup>26</sup> Domstolen vil også alltid ha mulighet til å prøve om oppdragsgiver har overholdt de grunnleggende prinsippene.<sup>27</sup>

Det er mange innvendinger mot bruken av rettslige prinsipper. Hovedinnvendingen mot likebehandlingsprinsippet er at det er lite forutsigbart.<sup>28</sup> Når prinsippet ikke har noe fastlagt innhold er det vanskelig å få til en konsekvent bruk som rettslig grunnlag eller tolkningsfaktor.

## 1.4 Avgrensning

Avhandlingen vil av plasshensyn hovedsakelig behandle reglene i anskaffelsesdirektivet. Her vil bare kontrakter hvor ytelsens verdi er høyere enn direktivets terskler være omfattet.<sup>29</sup> Dette er de mest omfattende anskaffelsene og det er her behovet for dialog med markedet antakelig er størst. Likebehandlingsprinsippet i TEUV gjelder samtidig for alle anskaffelser, uavhengig av økonomisk verdi og type kontrakt. Jeg vil derfor bruke praksis utenfor direktivets anvendelsesområde og under terskelverdi der hvor den er relevant.<sup>30</sup>

Reglene om dialog med markedet i planleggingsfasen blir i dansk litteratur omtalt som et spørsmål om rådgiverhabilitet. Begrepet er også en del brukt i Norge. Reglene har sammenheng med de tradisjonelle forvaltningsrettslige habilitetsreglene. Det har blitt innført som en ny regel, om interessekonflikter, i direktivets artikkel 24. Dette temaet vil ikke bli behandlet i avhandlingen. Begrunnelsen for det er at problemet ikke har sin hovedvekt i planleggingsfasen, men rundt evalueringen og kontraktsinngåelsen.<sup>31</sup> I tillegg har habilitetsspørsmålet mindre tilknytning til det markedsmessige med rådgivning og deltakelse i konkurransen. Fokuset i habilitetsspørsmål er gjerne mer rettet mot interessekonflikter hos oppdragsgiver i forbindelse

---

<sup>25</sup> Arrowsmith (2014) s. 613, Steinicke (2008) s. 354, NOU 2014:4 s. 73.

<sup>26</sup> Dragsten (2013) s. 175.

<sup>27</sup> Thue (2013) s. 71.

<sup>28</sup> Treumer (2012) s. 148.

<sup>29</sup> Jf. artikkel 4.

<sup>30</sup> Mer om likebehandlingsprinsippets anvendelse utenfor direktivene se Krugner (2003) og de Mars (2013). For diskusjonen om hvordan Domstolen bruker prinsippene for å etablere direktivets regler utenfor deres anvendelsesområde se Treumer (2003).

<sup>31</sup> Dragsten (2013) s. 189.

med kontraktsinngåelsen. Jeg vil likevel trekke paralleller til habilitetsreglene hvor det er hensiktsmessig.

## **1.5 Nærmere om utvalg av problemstillinger**

En samlet gjennomgang av likebehandlingsprinsippet kan fort bli noe abstrakt. Det er antakelig enklere å beskrive prinsippet med utgangspunkt i konkrete faglige problemstillinger enn å gi det en samlet fremstilling. Dette illustreres også i juridisk teori hvor prinsippet som regel bare blir behandlet helt overfladisk. Det er likevel stor enighet om at prinsippet er helt sentralt i anskaffelsesretten.<sup>32</sup> Jeg har valgt å behandle reglene om oppdragsgivers dialog med markedet og reglene for utformingen av de tekniske spesifikasjonene. Det er naturlig å spørre seg hvorfor det er aktuelt å gi akkurat disse delene av anskaffelsesreglene en samlet fremstilling under fanen likebehandlingsprinsippet.

For det første har reglene om dialog med markedet i planleggingsfasen og reglene om kravspesifikasjonene en operasjonell sammenheng. Med dette menes at de henger sammen ved at dialogen svært ofte brukes for å utforme nettopp kravspesifikasjonene. Dialog er avgjørende for at oppdragsgiver skal få kjennskap til hvilke muligheter som finnes for anskaffelsen og hva som kan kreves i de tekniske spesifikasjonene.<sup>33</sup>

For det andre har reglene om dialog med markedet og utformingen av kravspesifikasjonene røtter i de samme prinsippene. Her er også forbindelseslinjen til traktatens regler om fri bevegelse for varer, herunder TEUV artikkel 34 av betydning.<sup>34</sup> Reglene om spesifikasjoner har sterkere forbindelseslinjer til traktaten enn mange andre regler fordi de er nært knyttet til varer og tjenester. Rådgivningen skal forberede ytelsen som skal anskaffes og spesifikasjonene er nettopp en beskrivelse av ytelsen. Blant de andre reglene som er aktuelle å behandle i planleggingsfasen ville for eksempel valg av konkurranseform i større grad gjelde prosedyren enn ytelsen som sådan, og dermed ha mindre tilknytning til traktaten.

For det tredje er disse temaene egnet til samlet behandling fordi de reiser likeartede problemstillinger. Et eksempel på dette er spørsmålet om noe er konkurransevidende. Det kan være at rådgiverens deltakelse i den senere konkurransen har gitt ham en konkurransefordel, eller at en teknisk spesifikasjon som vrir konkurransen. Dersom konkurransefordelen medfører brudd på likebehandlingsprinsippet, blir det et spørsmål om leverandøren må avvises som følge av dette. I tillegg oppstår spørsmål om utjevning av leverandørens konkurransefordel under begge regelsettene.

---

<sup>32</sup> Treumer (2000) s. 15.

<sup>33</sup> Christensen (2011) s. 19-20.

<sup>34</sup> Steinicke (2008) s. 407- 408.

For det fjerde er reglene plassert sammen i det nye anskaffelsesdirektivet. De er plassert i henholdsvis artikkel 41 og 42 som er plassert i kapittel 3 i seksjon 1 som omhandler planleggingsfasen. De andre seksjonene i kapittel 3 gjelder kunngjøringen og utvelgelse og tildeling. Disse kommer altså senere i tid enn planleggingsfasen. Reglene om dialog med markedet er nye i direktivet fra 2014 og plasseringen i planleggingsfasen er ganske åpenbar. Regelen om tekniske spesifikasjoner var også med i det gamle anskaffelsesdirektivet. Den var da plassert i artikkel 23 i kapittel IV som gjaldt særlige regler om spesifikasjoner og konkurransegrunnlaget.<sup>35</sup> Både reglenes plassering og flyttingen av regelen om tekniske spesifikasjoner tilsier at reglene har en naturlig sammenheng.

En siste grunn til at jeg bare behandler disse to temaene er plass hensyn. Det ville vært vanskelig innenfor rammen for avhandlingen i tillegg å behandle for eksempel utforming av tildelingskriteriene og valg av konkurranseform.

## **1.6 Den videre fremstillingen**

Avhandlingen er delt inn i tre hoveddeler. Kapittel 2 er en mer generell del om likebehandlingsprinsippet. Formålet med kapittelet er å gi et grunnlag for de senere materielle vurderingene og analysen av hvordan likebehandlingsprinsippet brukes i anskaffelsesretten.

Kapittel 3 og 4 behandler de to materielle hovedtemaene, nemlig dialog med markedet i kapittel 3 og utforming av kravspesifikasjoner i kapittel 4. Disse skal belyse hvordan likebehandlingsprinsippet er regulert i anskaffelsesdirektivet og hvilken bruk som gjøres av prinsippet. Begge kapitlene er bygget opp på samme måte. Først med en generell del om hvordan temaene er regulert i direktivet i henholdsvis kapittel 3.3 og 4.3. Deretter en del om grensene likebehandlingsprinsippet og direktivbestemmelsene setter for oppdragsgiver i kapittel 3.4 og 4.4. Tilslutt en del om oppdragsgivers plikter i kapittel 3.5 og 4.5. Enten det er til å utjevne konkurransefordelen, avvise leverandøren eller avlyse konkurransen.

I kapittel 5 vil jeg gi noen avsluttende bemerkninger og blant annet vende tilbake til spørsmålet om hvordan likebehandlingsprinsippet blir brukt innenfor de to materielle hovedtemaene.

---

<sup>35</sup> Direktiv 2004/18/EF artikkel 23.

## 2 Likebehandlingsprinsippet

### 2.1 Innledning

Det offentlige har ikke samme insentiv som private markedsaktører til å opptre bedriftsøkonomisk rasjonelt. Man risikerer dermed at beslutninger om innkjøp fattes på galt grunnlag, for eksempel på bakgrunn av utenforliggende hensyn. Det overordnede formålet med anskaffelsesreglene er å sikre at offentlige innkjøp foretas på en samfunnstjenlig måte. Dette skal sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser. Bakgrunnen for at man oppstiller et krav om likebehandling i anskaffelsesprosedyrer er for å sikre at leverandørene skal få like muligheter til å delta i anbudskonkurranser. Dette hviler på en tanke om at stor konkurranse om offentlige kontrakter gir de beste anskaffelsene.<sup>36</sup>

I de nasjonale anskaffelsesreglene er det statens interesse som er det sentrale. Myndighetenes formål er å sørge for at offentlige innkjøp foretas på en slik måte at man unngår sløsing med offentlige midler. EUs anskaffelsesregler har til dels andre formål. Her er det sentrale å sikre handelen ved å legge til rette for utveksling av varer og tjenester på tvers av landegrensene.<sup>37</sup> Det kunne vært tilstrekkelig å la anskaffelsesområdet være regulert av traktatens regler om fri bevegelse. Lovgiver i EU har likevel funnet ut at det er behov for ensartet regulering av varer og tjenester over av en viss verdi. Anskaffelser under de såkalte terskelverdiene må derfor følge reglene i traktaten.<sup>38</sup> Til tross for at fri bevegelse på tvers av landegrensene er en sentral begrunnelse for regelverket, er antallet utenlandske deltakere i norske anbudskonkurranser relativt beskjedent. Det samme gjelder norsk deltakelse i utenlandske anbudskonkurranser.<sup>39</sup>

Likebehandlingsprinsippet kommer til uttrykk på tre forskjellige måter i anskaffelsesretten. For det første følger prinsippet av bestemmelsene om fri bevegelse i TEUV. For det andre er prinsippet slått fast som et av anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper i direktivets artikkel 18. Den tredje måten prinsippet kommer til uttrykk er i de konkrete bestemmelsene i direktivet. Ett spørsmål som oppstår i den forbindelse er om det er noen forskjell på de tre. En klar forskjell er at prinsippet under traktaten krever et grenseoverskridende element, det gjør ikke de to i direktivet.<sup>40</sup> Ellers vil prinsippets innhold være relativt likt, uavhengig av i hvilken sammenheng det anvendes. De konkrete bestemmelsene i direktivet kan likevel tilføre elementer til vurderingen som ikke følger av det generelle prinsippet. Elementer som har kommet til ved lovgivers operasjonalisering av prinsippet.

---

<sup>36</sup> NOU 2014:4 s. 65.

<sup>37</sup> Sejerstedt (2011) s. 613-614.

<sup>38</sup> Avsnitt 1 i fortalen til anskaffelsesdirektivet

<sup>39</sup> NOU 2012:2 s. 418.

<sup>40</sup> Fredriksen (2014) s. 69 og direktivets artikkel 1 og 2.

Det er fremhevet enkelte *negative* aspekter knyttet til bruken av likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesretten. Det har blitt hevdet at prinsippets innhold er ganske vagt og uten et fastlagt innhold. Prinsippet gir for så vidt anvisning på at oppdragsgiver må likebehandle leverandørene, men det gir ingen konkrete indikasjoner på hvordan avveiningen skal gjennomføres i det konkrete tilfellet. Dette kan bidra til å skape usikkerhet både hos oppdragsgivere og leverandører. Det vil også kunne føre til at det blir fattet uriktige avgjørelser.<sup>41</sup> Men likebehandlingsprinsippet har også *positive* følger for anskaffelsesretten. Prinsippet kan for det første brukes som selvstendig rettslig grunnlag hvor lovgiver ikke har tatt stilling til en konkret problemstilling. For det andre kan det være et sikkerhetsnett for tolkningen av konkrete bestemmelser. Et eksempel på dette er der direktivet er utformet på en måte som kan være skadelig for konkurransen. Da kan likebehandlingsprinsippet brukes i tolkningen. For det tredje kan prinsippet bidra med dynamikk i regelverket, man er ikke avhengig av direktivendringer for å drive rettsutviklingen.

## **2.2 Generelt om likebehandlingsprinsippet**

### **2.2.1 Rettslig grunnlag**

Både anskaffelsesdirektivene og de norske anskaffelsesreglene oppstiller krav om likebehandling av leverandørene. I EUs anskaffelsesrett ble likebehandlingsprinsippet slått fast i *Storebælt-saken*. Domstolen avviste danske myndigheters påstand om at det ikke fantes noe slikt prinsipp siden det ikke var nevnt i direktivet. Likebehandlingsprinsippet kan ifølge Domstolen utledes av selve hovedformålet med direktivet.<sup>42</sup> I tillegg kan likebehandlingsprinsippet utledes direkte av traktatens bestemmelser om de fire friheter. Dette prinsippet gjelder utenfor direktivenes anvendelsesområde og supplerer direktivet hvor det ikke strekker langt nok.<sup>43</sup>

I det nye anskaffelsesdirektivet er prinsippet uttrykt i artikkel 18 nr. 1. Den første delen av bestemmelsen tilsvarer det gamle direktivets artikkel 2.<sup>44</sup> Etter denne skal oppdragsgiver behandle de økonomiske aktørene likt og uten forskjellsbehandling. Det er altså oppdragsgiver som er pliktsubjekt etter bestemmelsene. Av det nye direktivet følger det også at «[u]dbuddet udformes ikke med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurransen». Denne passusen er ny i det nye direktivet. Det vil være tilfelle når oppdragsgiver med hensikt utformer konkurransen for å favorisere enkelte leverandører, eller stiller dem mindre gunstig enn andre.

---

<sup>41</sup> Treumer (2012) 148.

<sup>42</sup> Sak C-243/89 (Storebælt) Premiss 32-33.

<sup>43</sup> Treumer (2000) s. 67-69.

<sup>44</sup> Direktiv 2004/18/EF.

I tillegg til de generelle reglene som etablerer likebehandlingsprinsippet<sup>45</sup> kommer prinsippet til uttrykk i en del enkeltbestemmelser. Det er områder hvor lovgiver mener det er særlig viktig at leverandørene likebehandles. Det kan være eksplisitt uttrykt som i direktivets regel om tekniske spesifikasjoner «[d]e tekniske spesifikasjoner giver de økonomiske operatører mulighed for lige adgang til udbudsproceduren».<sup>46</sup> Kravet kan også fremgå forutsetningsvis. Et eksempel på det siste er reglene om kunngjøring i direktivets artikkel 48 følgende. Oppdragsgiver må kunngjøre anskaffelsene for at alle aktører i markedet skal få like muligheter til å delta i konkurransen.

I de norske anskaffelsesreglene fremgår kravet til likebehandling av formålsbestemmelsen i LOA § 1 og mer detaljert om de grunnleggende kravene i § 5. Anskaffelsesforskriften har likelydende formålsangivelse i § 1-1, mens de grunnleggende kravene i forskriftens § 3-1 avviker noe fra lovens § 5. Det er likevel lovens § 5 som er den mest innholdsrike bestemmelsen i norsk rett og følgelig den som hovedsakelig blir påberopt i norske saker om likebehandlingsprinsippet.<sup>47</sup> Paragraf (5)(a) inneholder et forbud mot diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet. Diskrimineringsforbudet i de norske anskaffelsesreglene bygger på hensynet til fri bevegelighet for varer og tjenester som følger av EØS-avtalens regler, blant annet det generelle diskrimineringsforbudet i artikkel 4.<sup>48</sup>

Formålsbestemmelsene i det norske anskaffelsesregelverket er av forenklingsutvalget foreslått endret. Endringene skal ikke innebære realitetsendringer, men bare «endringer av lov- og forskriftsteknisk karakter». Utvalget presiserer at likebehandlingsprinsippet er det mest grunnleggende prinsippet i anskaffelsesretten og at mange av de øvrige prinsippene bare er avarter av dette. Forslaget går blant annet ut på å fjerne henvisningen til likebehandlingsprinsippet fra formålsparagrafen i LOA § 1. Årsaken til det er at likebehandling ikke er et formål med regelverket, men et nødvendig virkemiddel. Det er i tillegg foreslått å fjerne ikke-diskrimineringsprinsippet fra LOA § 5 fordi prinsippet ikke har selvstendig betydning ved siden av likebehandlingsprinsippet.<sup>49</sup> Det er noe forskjellige oppfatninger om ikke-diskrimineringsprinsippets selvstendige betydning i teorien, men det er ikke av betydning for reglenes innhold.<sup>50</sup>

---

<sup>45</sup> Artikkel 18 nr. 1 og LOA § 5.

<sup>46</sup> Artikkel 42 nr. 2.

<sup>47</sup> NOU 2014:4 s. 82.

<sup>48</sup> NOU 1997:21 s. 115.

<sup>49</sup> NOU 2014:4 s. 82. Departementet bygger i stor grad på forslagene fra forenklingsutvalget i forslag til nye anskaffelsesregler. Det er kun gjort en mindre endring i forslaget til LOA § 1 jf. Jf. Nærings- og fiskeridepartementets «høringsnotat 1» av 17. mars 2015 s. 4.

<sup>50</sup> Arrowsmith (2014) s. 621 behandler prinsippene samlet, mens Dragsten (2013) s. 176 flg. og 182 flg. behandler dem hver for seg.

### 2.2.2 Prinsippets materielle innhold

Likebehandlingsprinsippets konkrete innhold følger ikke av direktivet, men det finnes rettspraksis som kaster lys over prinsippets nærmere innhold. I *Fabricom-dommen* uttalte EU-domstolen at likebehandlingsprinsippet innebærer at:

«[E]nsartede forhold ikke må behandles forskjelligt, og at forskjellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskjellig behandling er objektivt begrundet».<sup>51</sup>

Domstolen hentet denne forståelsen av likebehandlingsprinsippet fra det mer generelle forbudet mot forskjellsbehandling i EU-traktaten.<sup>52</sup> Offentlige innkjøp utgjør en stor del av handelen innenfor EU-området, og ettersom målsetningen i regelverket er å muliggjøre handel på tvers av landegrensene er det helt naturlig at prinsippet også overføres til dette området.

Uavhengig av de konkrete reglene hvor prinsippet kommer til uttrykk må kravet til likebehandling ivaretas i alle former for anskaffelsesprosedyrer og i alle anskaffelsesprosessens faser.<sup>53</sup> Kravet gjelder også potensielle leverandører, det er altså ikke noe krav om at leverandøren faktisk har levert inn tilbud. Dette følger antakelig også av den generelle likebehandlingsbestemmelsen i artikkel 18 nr. 1 som omtaler økonomiske aktører og ikke det mer begrensede begrepet leverandører.<sup>54</sup>

EU-Domstolens formulering av likebehandlingsprinsippet reiser flere forskjellige spørsmål. I det følgende vil jeg gå inn på de forskjellige sidene av det generelle kravet til likebehandling. Det omfatter hva som ligger i kravet til sammenlignbare situasjoner, hva som kan sies å være likebehandling og objektive begrunnelser for forskjellsbehandling.

### 2.2.3 Sammenlignbare situasjoner

Det første vurderingsmomentet under likebehandlingsprinsippet er om leverandørene er i sammenlignbare situasjoner. For at kravet til oppdragsgivers likebehandling av leverandørene skal slå inn, må leverandørene altså være i sammenlignbare situasjoner. Det følger som nevnt av *Fabricom-dommen*.

Saken gjaldt en belgisk regel som forbød leverandører som hadde gjort forberedende arbeid for oppdragsgiver å delta i den etterfølgende konkurransen. Begrunnelsen for regelen var frykt

---

<sup>51</sup> Sak C-21/03 (*Fabricom*) premiss 27.

<sup>52</sup> C-210/03 (*Swedish Match*) premiss 70 er et eksempel på det generelle likebehandlingsprinsippet.

<sup>53</sup> Dragsten (2013) s. 176.

<sup>54</sup> Sak C-16/98 (*Kommisjonen mot Frankrike*) premiss 107 og direktivets artikkel 18.

for brudd på likebehandlingsprinsippet. Belgiske myndigheter mente at regelen ikke forskjellsbehandlet leverandørene, den behandlet alle rådgivere likt, uavhengig av deres posisjon og arbeidet de hadde utført.<sup>55</sup> Domstolen måtte ta stilling til om denne regelen var i strid med likebehandlingsprinsippet.

Om det spørsmålet uttalte Domstolen at de som utfører forberedende arbeid ikke nødvendigvis er i en sammenlignbar situasjon som de som ikke har utført slikt arbeid. De som utfører forberedende arbeid kan få en fordel ved utforming av eget tilbud senere. Det vil si at de ikke nødvendigvis har krav på å bli likebehandlet med leverandører som ikke har vært rådgiver i anskaffelsens planleggingsfase. Domstolen presiserte at det sentrale er at leverandørene må ha like muligheter ved utforming av tilbudet.<sup>56</sup> Domstolen konkluderte med at likebehandlingsprinsippet ikke krever at forberedende rådgiver blir behandlet på samme måte som de andre leverandørene.<sup>57</sup> Den belgiske regelen var dermed i strid med likebehandlingsprinsippet.

Spørsmålet om sammenlignbare situasjoner er også omtalt i generaladvokat Mischos uttalelse i *Concordia Bus Finland-saken*. Saken gjaldt en anbudskonkurranse om rettighetene til å drive busstransport i Helsinki. Et av tildelingskriteriene gjaldt bussenes tekniske kvalitet. Under dette kriteriet kunne leverandørene få tilleggspoeng dersom bussene hadde lave utslipp av nitrogenoksid-gasser. Det var kun et fåtall av de potensielle leverandørene som hadde busser med lavt utslipp av slike gasser, oppdragsgivers egen in-house leverandør var en av dem. Spørsmålet i saken var om tildeling av tilleggspoeng på dette grunnlag var i strid med likebehandlingsprinsippet. Generaladvokaten mente at leverandørene ikke var i sammenlignbare situasjoner når noen var i stand til å tilby busser med lave utslipp og andre ikke. Det ville derfor ikke være i strid med likebehandlingsprinsippet at det ble gitt tilleggspoeng.<sup>58</sup> Domstolen har til dels sammenfallende drøftelse som generaladvokaten, men gir ikke de samme uttalelsene om sammenlignbare situasjoner. Domstolen kom til samme konklusjon og brukte mye av den samme begrunnelsen som generaladvokaten.<sup>59</sup>

Hvilken betydning har så disse dommene for forståelsen av hva som ligger i uttrykket sammenlignbare situasjoner? Dommene viser for det første at man i vurderingen må se på de individuelle forhold hos de aktuelle leverandørene. En leverandør som har andre egenskaper eller ferdigheter enn konkurrentene, vil som regel ikke være i en sammenlignbar situasjon med de andre leverandørene. Leverandører kan imidlertid på grunn av sine individuelle forut-

---

<sup>55</sup> Sak C-21/03 (Fabricom) premiss 19.

<sup>56</sup> Sak C-21/03 (Fabricom) premiss 28-29.

<sup>57</sup> Sak C-21/03 (Fabricom) premiss 31.

<sup>58</sup> Generaladvokatens uttalelse i Sak C-513/99 (Concordia Bus Finland) premiss 150.

<sup>59</sup> C-513/99 (Concordia Bus Finland) premiss 85-86.



setninger være i en gunstig posisjon. Det kan blant annet skyldes lavere kostnader, de er mer effektive, eller at de har en gunstig lokalisering. Arrowsmith beskriver disse som forskjeller basert på leverandørenes konkurransesituasjon.<sup>60</sup>

I vurderingen av hva som er sammenlignbare situasjoner må man også legge vekt på formålet med likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesretten. Det er å styrke konkurransen og legge til rette for gode anskaffelser.<sup>61</sup> Leverandører som har bedre faktiske forutsetninger for vinne konkurransen vil derfor ikke være i en sammenlignbar situasjon med de andre leverandørene, noe annet ville vært uheldig for gjennomføringen av direktivenes formål. Et eksempel er den finske in-house leverandøren i *Concordia Bus Finland-saken*.<sup>62</sup>

Et annet eksempel på hva som er en sammenlignbar situasjon ble tatt opp av generaladvokat Geelhoed i *GAT-saken*. Saken gjaldt en anskaffelse av en feiemaskin for fjerning av snø fra veier i de østeriske alper. Oppdragsgiver stilte krav om at leverandørene måtte ha referanser fra brukere innenfor EU. Generaladvokaten mente at referanser fra andre lignende områder ville ha den samme nytten. Han nevner leverandører med referanser fra de sveitsiske alper som eksempel. Disse vil være i en sammenlignbar situasjon med de som har referanser fra innenfor EU.<sup>63</sup> Spørsmålet kom ikke på spissen i dommen fordi tildelingskriteriet som krevet referansene ikke var lovlig. Domstolen behøvde derfor ikke ta stilling til spørsmålet.<sup>64</sup> Uttalelsen er et eksempel på når leverandørene vil være i sammenlignbare situasjoner.

Arrowsmith omtaler også generaladvokatuttalelsen i *GAT-saken*. Hun mener at uttalelsen gir veiledning på hvordan sammenlignbare situasjoner skal vurderes. Dersom oppdragsgiver må bruke alternative midler for å kunne vurdere leverandørenes tilbud, eller for å muliggjøre leverandørens deltakelse, vil det kunne tilsi at de ikke er i en sammenlignbar situasjon.<sup>65</sup> I *GAT-saken* ville referanser fra de sveitsiske alper antakelig gjøre oppdragsgiver like godt egnet til å foreta evalueringen. Det var altså ikke nødvendig med alternative midler for å muliggjøre selskapets deltakelse. Oppdragsgiver må sørge for at de leverandørene som faktisk er i en sammenlignbar situasjon blir behandlet likt. Dette åpner for at domstolene kan kontrollere oppdragsgivers oppfyllelse av likebehandlingsprinsippet. Domstolen bør likevel utvise var-

---

<sup>60</sup> Arrowsmith (2014) s. 617.

<sup>61</sup> Sak C-243/89 (Storebælt) premiss 33.

<sup>62</sup> Arrowsmith (2014) s. 616 og sak C-513/99 (Concordia Bus Finland).

<sup>63</sup> Generaladvokatens uttalelse i Sak C-315/01 (GAT) premiss 55.

<sup>64</sup> Sak C-315/01 (GAT) premiss 68.

<sup>65</sup> Arrowsmith (2014) s. 615.

somhet i kontrollen. Oppdragsgiver må ikke tvinges til å handle annerledes enn en kommersiell aktør ville gjort.<sup>66</sup>

I dette underkapittelet har jeg forsøkt å vise hva som ligger i begrepet sammenlignbare situasjoner. Hovedfokus i vurderingen må være på de individuelle forholdene hos de forskjellige leverandørene, herunder å vurdere om forskjellen skyldes leverandørenes konkurransesituasjon. For det andre må tilnærmingen også ta hensyn til anskaffelsesrettens formål, effektive og gode anskaffelser. For det tredje kan vurderingen til en viss grad ta hensyn til hvordan oppdragsgiver må tilpasse seg for å muliggjøre leverandørens deltakelse.

#### 2.2.4 Objektiv begrunnelse

Etter EU-domstolens lære må forskjellsbehandling av leverandører i sammenlignbare situasjoner ha en objektiv begrunnelse for ikke å være i strid med likebehandlingsprinsippet.<sup>67</sup> Det samme gjelder for så vidt for likebehandling av leverandører som ikke er i en sammenlignbar situasjon, men dette spørsmålet kommer ikke på spissen like ofte. Vurderingen av om det foreligger en objektiv begrunnelse ligner den som må foretas under de generelle EU-reglene om de fire friheter. Også der vil kun objektivt begrunnet forskjellsbehandling være tillatt.<sup>68</sup> Spørsmålet er hva som vil utgjøre en objektiv begrunnelse for forskjellsbehandling av aktører i sammenlignbare situasjoner. Det er vanskelig å besvare dette spørsmålet fordi uttrykket er abstrakt, det gir begrenset veiledning om hvilke argumenter som ansees som relevante. Den beste måten å fastlegge innholdet på er ved å se på praksis.

Oppdragsgiver kan i den enkelte sak behandle leverandører forskjellig dersom det finnes en objektiv begrunnelse for forskjellsbehandlingen. Det er en vurdering oppdragsgiver må foreta. Vurderingen kan prøves av domstolen. En annen side av dette er at lovgiver i en del tilfeller har utformet konkrete regler som utgjør objektive begrunnelser. Sekundærlovgivningen i EU utgjør på mange måter en standardisering av traktaten.<sup>69</sup> På samme måte kan enkelte bestemmelser i anskaffelsesdirektivet være en standardisering av en objektiv begrunnelse. Det vil si at oppdragsgiver kan forskjellsbehandle leverandørene så lenge vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.

EU-domstolens avgjørelse i *Contse-saken* er illustrerende for hva som kan regnes som objektiv begrunnelse. Saken gjaldt åndedrettsterapi i hjemmet, denne var avhengig av gass til medisinsk bruk. I saken krevde oppdragsgiver at leverandørene var etablert i regionen. Et slikt krav

---

<sup>66</sup> Arrowsmith (2014) s. 285.

<sup>67</sup> Sak C-21/03 (Fabricom) premiss 27.

<sup>68</sup> Fredriksen (2014) 85-87.

<sup>69</sup> TEUV artikkel 288 og Craig (2011) s. 104.

om lokalisering vil som utgangspunkt være forskjellsbehandling, men kan tenkes å begrunnes i beskyttelsen av pasientenes liv og helse.<sup>70</sup> I tillegg var det et tildelingskriterium som sa at ved poenglikhet ville den eksisterende leverandøren bli valgt. Domstolen vurderte om det kan tas hensyn til markedet for varen eller tjenesten som skal leveres. Det spanske markedet for gass til medisinsk bruk var svært homogent. Det besto av fire jevnstore aktører, noe som gjorde det vanskelig å skille mellom tilbudene i evalueringen. Bestemmelsen om tildeling til eksisterende leverandør ved poenglikhet, gjorde det mindre attraktivt for andre leverandører å delta i konkurransen. Den konkrete konklusjonen ble overlatt til den nasjonale domstol. EU-domstolen gikk likevel langt i å si at dette kunne utgjøre forskjellsbehandling.<sup>71</sup> Mer generelt illustrerer dommen at oppdragsgiver ved utforming av en objektiv begrunnelse, kan ta hensyn til hva som er det relevante marked for det som skal anskaffes, men at det ikke nødvendigvis blir utslagsgivende.

Oppdragsgiver kan også finne inspirasjon til den objektive begrunnelsen i direktivets øvrige bestemmelser. Det er altså mulig å dra paralleller fra andre bestemmelser i direktivet for å finne en objektiv begrunnelse. *ARGE-saken* viser dette. I saken var en av leverandørene en semi-statlig virksomhet som mottok betydelige subsidier fra staten. *ARGE* mente at leverandørens deltakelse ville være i strid med likebehandlingsprinsippet. Domstolen konkluderte med at prinsippet ikke var brutt. Begrunnelsen var blant annet at direktivet lister opp en rekke tildelingskriterier og subsidier er ikke en av disse. Samtidig åpner direktivet for at andre offentlige organer deltar i konkurransen.<sup>72</sup>

Et mål med likebehandlingsprinsippet må være at godt kvalifiserte leverandører ikke blir utelukket fra konkurransen, såfremt de ikke har fått en urimelig konkurransefordel. Som vist i underkapittel 2.2.3 vil leverandører som har fått en fordel i konkurransen på grunn av leverandørens individuelle egenskaper, typisk gode ferdigheter, bli plassert i kategorien «ikke i en sammenlignbar situasjon» med leverandører som ikke har den samme fordel. Dette for at leverandøren skal få mulighet til å delta i konkurransen. Problemet kunne også ha blitt løst ved å bruke objektiv begrunnelse. Leverandørene som har fått en fordel på grunn av sine individuelle egenskaper ville da ha blitt plassert i kategorien «i en sammenlignbar situasjon», men at forskjellsbehandling av disse var objektivt begrunnet med leverandørens ferdigheter. Det ville ha ført til samme resultat, at leverandøren får delta i anskaffelsen. På den annen side ville det satt merkelappen «forskjellsbehandling» på en handling som vil være helt rasjonell for en tilsvarende kommersiell aktør. Det er uheldig og derfor vil løsningen skissert over, at den vurderes som en «ikke sammenlignbar situasjon», antakelig være den beste.

---

<sup>70</sup> C-234/03 (Contse) premiss 40 flg.

<sup>71</sup> C-234/03 (Contse) premiss 77-78.

<sup>72</sup> Sak C-94/99 (ARGE) premiss 27, 29 og 32.

## **2.3 Forholdet til andre anskaffelsesrettslige prinsipper**

### **2.3.1 Innledning**

I tillegg til kravet til likebehandling er konkurranse, gjennomsiktighet og proporsjonalitet viktige prinsipper i offentlige anskaffelser. De er, på samme måte som likebehandlingsprinsippet, avgjørende for å realisere anskaffelsesrettens formål, men samtidig avveie for andre interesser. Også de tre andre anskaffelsesrettslige prinsippene har sitt rettslige grunnlag i direktivets artikkel 18.

Det er flere grunner til at det er viktig å være oppmerksom på de andre anskaffelsesrettslige prinsippene. For det første kan de trekke i andre retninger ved tolkning av konkrete bestemmelser i direktivet. For det andre kan de, enten alene eller i samspill med likebehandlingsprinsippet, utgjøre skranker for bruk av rådgivere både i planleggingsfasen og ved utformingen av kravspesifikasjonene.<sup>73</sup> Derfor er det viktig å gi en fremstilling av disse prinsippene, selv om de ikke vil være hovedfokus i avhandlingen. Prinsippene er likevel av en litt ulik art. Konkurransprinsippet er i likhet med likebehandlingsprinsippet en måte å nå direktivets formål. Gjennomsiktighet er mer et virkemiddel for å unngå brudd med de to andre prinsippene. Proporsjonalitetsprinsippet er på et litt annet nivå. Det er operativt i den forstand at det kan brukes for å legitimere handlinger som ellers ville vært i strid med regelverket.

Det finnes også andre prinsipper i anskaffelsesretten. Prinsippet om ikke-diskriminering er som allerede nevnt, et utslag av et mer generelt EU-rettslig prinsipp. Det innebærer at medlemsstatene ikke kan forskjellsbehandle på grunnlag av nasjonalitet. Likebehandlingsprinsippet går lenger og omfatter også rent interne forhold, det kan altså brukes i saker helt uten grensekryssende element. Dette følger av at direktivets anvendelsesområde ikke er begrenset.<sup>74</sup> De generelle reglene om fri bevegelse i EU/EØS har derimot et krav om grensekryssende element for at reglene skal komme til anvendelse.<sup>75</sup> Forretningsmessighet er et annet sentralt element i anskaffelsesreglene, men har også nær sammenheng med likebehandlingsprinsippet. Da kanskje mer som motvekt eller brems mot kravet om likebehandling. Det er viktig å sørge for at oppdragsgiver i de fleste situasjoner skal kunne operere som de private aktørene i markedet. Forretningsmessighet, i form av oppdragsgivers behov for tilpassing, var som vi så, sentralt i vurderingen av om leverandørene var i sammenlignbare situasjoner.

Forenklingsutvalget har i norsk rett foreslått ganske betydelige endringer av formålsbestemmelsene i anskaffelsesregelverket. Etter forslaget vil LOA § 5 være hjemmel for de grunnleg-

---

<sup>73</sup> Mer om dette i avsnitt 3.4 og 4.4.

<sup>74</sup> Artikkel 1 og 2.

<sup>75</sup> Fredriksen (2014) s. 69.

gende prinsippene og i tillegg til likebehandlingsprinsippet er kravene til konkurranse, gjennomsiktighet og proporsjonalitet fremhevet. Begrunnelsen er at det vil være en enklere måte å fremstille materien på.<sup>76</sup> Det er de samme prinsippene som blir trukket frem i anskaffelsesdirektivets prinsippbestemmelse.<sup>77</sup> Dette gjør det også enklere for brukerne av regelverket.

### 2.3.2 Konkurranse

I det gamle anskaffelsesdirektivet hadde bestemmelsen med de grunnleggende prinsippene ikke noen konkret henvisning til konkurranse.<sup>78</sup> Det har nå blitt løftet frem av lovgiver i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1. Det viser at kravet til konkurranse er sentralt. Konkurransen skal sikre effektiv ressursbruk ved at bedriftene tvinges til å holde priser og kostnader nede. Dette vil igjen kunne stimulere til innovasjon og nytenkning.<sup>79</sup>

Etter artikkel 18 nr.1 annet avsnitt skal oppdragsgiver ikke utforme konkurransen med det *formål* å kunstig innskrenke konkurransen. Konkurransen må anses som kunstig innskrenket når oppdragsgiver med hensikt urettmessig favoriserer enkelte leverandører, altså de typiske omgåelsestilfellene. Det er verdt å merke seg at bestemmelsen bare tar for seg situasjonen hvor oppdragsgivers formål eller hensikt å kunstig innskrenke konkurransen. Situasjoner hvor virkningen er konkurransevidende, uten at dette var oppdragsgivers intensjon, vil også kunne utgjøre brudd på likebehandlingsprinsippet.<sup>80</sup>

Generaladvokat Tesauros uttalelse i *Assurances du Crédit* viser sammenhengen mellom likebehandlingsprinsippet og kravet til konkurranse.

”Jeg vil hermed henvise til, at [likebehandlingsprinsippet] har fundamental betydning, ikke blot fordi det er hovedgrundlaget for de nuværende retsordener, men også af en mere speciel grund. Fællesskabslovgivningen er nemlig en lovgivning, som i det væsentlige vedrører økonomiske forhold og økonomisk aktivitet. At fastsætte forskellige regler på dette område for situationer, der svarer til hinanden, er ikke blot ensbetydende med ulighed for loven, men medfører yderligere uundgåeligt konkurrencefordrejninger, som er absolut uforenelige med den filosofi, der ligger til grund for fællesmarkedet.”<sup>81</sup> (Min understreking).

Sitatet viser til at brudd på likebehandlingsprinsippet typisk vil vri konkurransen, og at dette er uforenelig med tanken bak det europeiske fellesmarked.

---

<sup>76</sup> NOU 2014:4 s. 82.

<sup>77</sup> Artikkel 18 nr. 1.

<sup>78</sup> Direktiv 2004/18/EF artikkel 2.

<sup>79</sup> Thue (2013) s. 73.

<sup>80</sup> Se f. eks avsnitt 3.4.5.3.

<sup>81</sup> Generaladvokatens uttalelse i Sak C-63/89 (*Assurances du Crédit*) s. 1829.

Kravet til konkurranse var som nevnt ikke tatt inn blant de grunnleggende prinsippene i direktivet før i 2014. Det har heller ikke vært vanlig i utenlandsk juridisk teori å behandle kravet til konkurranse som et selvstendig grunnleggende prinsipp.<sup>82</sup> Det blir heller tatt med som en del av likebehandlingsprinsippet. Dette illustreres for eksempel ved at Arrowsmith mener at kravet til konkurranse i det nye direktivet bare er et uttrykk for likebehandlingsprinsippet.<sup>83</sup>

En annen grunn til at det er nær sammenheng mellom likebehandlingsprinsippet og kravet til konkurranse er at enkelte av reglene som er uttrykk for likebehandlingsprinsippet også har konkurranserettslige tilsnitt. Eksempel på det er både reglene om kravspesifikasjoner og dialog med markedet.<sup>84</sup>

### 2.3.3 Gjennomsiktighet

Kravet til gjennomsiktighet er et viktig verktøy for å sørge for at anskaffelsesprosessen går riktig for seg og at leverandørene skal kunne ivareta sine rettigheter dersom oppdragsgiver bryter med likebehandlingsprinsippet. Prinsippet er antatt å omfatte krav til etterprøvbarhet, forutberegnelighet og offentlighet. Under disse mer overordnede prinsippene ligger en rekke konkrete regler. Reglene omfatter blant annet krav til offentlighet og rett til innsyn, dokumentasjon og protokollføring, bevisbyrde og gjennomsiktige beslutningsprosedyrer.<sup>85</sup>

De ulike sidene av gjennomsiktighetsprinsippet kan sees på som middel for å ivareta likebehandlingsprinsippet.<sup>86</sup> Det er mange regler som gjennomfører gjennomsiktighetsprinsippet i direktivet, men det er også helt sentralt for å beskytte leverandørene i konkrete situasjoner som ikke har noen eksplisitt regulering.<sup>87</sup>

Kravet til gjennomsiktighet har særlig betydning ved vurderingen av om en leverandør har fått en konkurransefordel. Gjennomsiktighet er viktig for å kunne oppdage og eventuelt dokumentere dette.<sup>88</sup>

### 2.3.4 Proporsjonalitet

Proporsjonalitetsprinsippet er et grunnleggende prinsipp i EU-retten. Det innebærer at det skal være samsvar mellom mål og de virkemidler man bruker for å nå målet. Også proporsjonal-

---

<sup>82</sup> Hverken Arrowsmith (2014), Fabricius (2012), Poulsen (2011), eller Steinicke (2008) nevner dette. Mens både Thue (2013) s. 73 og Dragsten (2013) s. 179 gjør det.

<sup>83</sup> Arrowsmith (2014) s. 631.

<sup>84</sup> For eksempel artikkel 41 nr. 1 og 42 nr. 2 jf. Graells (2011) s. 270 og 305 flg.

<sup>85</sup> Dragsten (2013) s. 180-181.

<sup>86</sup> Sak C-496/99 (CAS Succhi di Frutta) premiss 110-111.

<sup>87</sup> Arrowsmith (2014) s. 623.

<sup>88</sup> Graells (2011) s. 308.

tetsprinsippet er en «nyvinning» blant de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesdirektivets artikkel 18. Det fulgte likevel av rettspraksis under det gamle direktivet, og denne vil fremdeles være relevant.<sup>89</sup> Prinsippet virker på en måte sammen med likebehandlingsprinsippet. Når en handling eller en regels formål er å ivareta likebehandlingsprinsippet må virkningen ikke gå lenger enn nødvendig for å oppnå formålet. Et typisk tilfelle er der hvor kostnadene ved å ivareta prinsippet er langt større enn ulempene det medfører for leverandørene.<sup>90</sup>

*Fabricom-dommen* kan illustrere hvordan prinsippet kommer til anvendelse. Saken gjaldt en belgisk regel som forbød rådgivere å delta i den senere anbudskonkurransen. Domstolen kom til at forbudet gikk lenger enn nødvendig for å oppnå målene med likebehandlingsprinsippet. Det ville være mindre inngripende å foreta en konkret vurdering av situasjonen og samtidig ivareta likebehandlingsprinsippet. Forbudet var derfor ikke proporsjonalt.<sup>91</sup>

## 2.4 Utjevning av konkurransefordeler

Utjevning av konkurransefordeler er en måte å sørge for at likebehandlingsprinsippet ivaretas. Med utjevning menes at oppdragsgiver eller leverandør foretar seg noe som skal nøytralisere en bestemt leverandørs konkurransefordel. Det vil for eksempel være nødvendig hvor leverandøren har vært rådgiver i planleggingen eller hvor leverandøren er nåværende leverandør av den samme ytelsen. Det er for eksempel mulig å utjevne ved å gi de andre leverandørene mer informasjon eller ved å gi lengre tidsfrister.

Utjevning av konkurransefordeler er nyttig fordi det kan bidra til at oppdragsgiver slipper å avvise en leverandør, eller i verste fall avlyse hele konkurransen på grunn av en leverandørs konkurransefordel. Det vil klart være mest i tråd med anskaffelsesreglenes formål om konkurransen blir gjennomført og leverandøren får delta. Det vil være kostnadsbesparende for oppdragsgiver og muliggjøre deltakelsen for en potensielt god leverandør.

Artikkel 41 nr. 1 er grunnlaget for at oppdragsgiver må utjevne en rådgivers konkurransefordel i anbudskonkurranser. Etter denne «træffer den ordregivende myndighed passende foranstaltninger for at sikre, at konkurransen ikke fordrejes». Dette sier likevel ingen ting om omfanget av utjevningsplikten. Ordlyden i artikkel 41 nr. 2 illustrerer tydeligere hvor langt oppdragsgiver må strekke seg for å utjevne rådgivers konkurransefordel

“Den pågældende ansøger eller tilbudsgiver udelukkes kun fra proceduren, når der ikke er andre måder at sikre overholdelse af forpligtelsen til at overholde princippet om ligebehandling.”

---

<sup>89</sup> Arrowsmith (2014) s. 631.

<sup>90</sup> Dragsten (2013) s. 187.

<sup>91</sup> Sak C-21/03 (Fabricom) premiss 34.

Ordlyden tyder på at oppdragsgiver må strekke seg svært langt for å utjevne rådgiverens konkurransefordel. Den engelske ordlyden er enda tydeligere på at plikten skal strekkes langt.<sup>92</sup> Dette er også i tråd med tanken om at en bredere konkurranse er mest effektiv.<sup>93</sup> Den fordelene rådgiveren har fått bør han heller få benytte i konkurransen side om side med de andre leverandørene. På den måten vil anskaffelsesrettens formål om gode anskaffelser bli oppfylt. Kravet til utjevning av rådgiverens fordel vil bli behandlet nærmere i kapittel 3.5.

Kravspesifikasjoner som stiller enkelte leverandører i en bedre stilling enn de andre vil også måtte utjevnes i den grad de er i strid med likebehandlingsprinsippet. Dette er ikke eksplisitt regulert i direktivet, men følger av rettspraksis. Grunnlaget og det nærmere innholdet av dette kravet vil bli behandlet nærmere i kapittel 4.5.

Enkelte utjevningstiltak benyttes mer som brannslukking, da for å avhjelpe den konkurransefordelen som oppdragsgiver har fått. De er likevel aktuelle i planleggingsfasen fordi grunnlaget og behovet for utjevningstiltaket oppsto i planleggingsfasen.

## 2.5 Planleggingsfasen

Offentlige anskaffelser deles gjerne inn i tre faser. Først en planleggingsfase som slutter ved kunngjøring av konkurransen. Deretter følger en konkurransefase som strekker seg fra kunngjøring til kontraktsinngåelse. Den tredje fasen er kontraktsfasen, denne begynner ved kontraktsinngåelse. Planleggingsfasen har ikke noen formell begynnelse, den kan vare fra noen få dager til flere år. Den er formelt avgrenset mot handlinger som oppdragsgiver foretar uten en bestemt anskaffelse i tankene, da disse antakelig også er utenfor direktivenes anvendelsesområde.<sup>94</sup> Det følger av praksis at oppdragsgiver skal overholde likebehandlingsprinsippet i enhver fase av anskaffelsesprosedyren.<sup>95</sup>

I planleggingsfasen må oppdragsgiver vurdere hva som skal anskaffes og hvordan prosedyren skal gjennomføres. Faglige utfordringer og et krevende anskaffelsesregelverk kan gjøre at oppdragsgiver trenger rådgivning i planleggingen av anskaffelsen. Denne rådgivningen kan, som vi skal se, gi leverandøren en urimelig konkurransefordel.

---

<sup>92</sup> Den engelske ordlyden: “where there are no other means to ensure compliance with the principle of equal treatment”.

<sup>93</sup> Det er verdt å merke seg at departementets forslag til ny anskaffelsesforskrift *ikke* har lagt seg på den samme strenge linjen. Etter forslaget § 7-2(2) skal oppdragsgiver «sørge for» en utjevning av eventuelle fordeler. Jf. Nærings- og fiskeridepartementets «høringsnotat 2» av 17. mars 2015.

<sup>94</sup> Christensen (2011) s. 29.

<sup>95</sup> Sak T-125/06 (Centro Studi Antoni Manieri Srl) premiss 86.



Planleggingsfasen er helt sentral for en vellykket gjennomføring av offentlige anskaffelser. Dette illustreres for det første ved at oppdragsgivers påvirkning på den endelige ytelsen er meget stor i planleggingsfasen. Å gjøre endringer i spesifikasjonene krever bare enkle grep, samtidig som det er vanskeligere å foreta endringer senere i prosessen. Feil kan fort bli kostbare for oppdragsgiver.<sup>96</sup> En annen grunn til at oppdragsgiver bør bruke planleggingsfasen aktivt er at denne fasen er mindre regulert enn de etterfølgende. Konkurransfasen har et strengt forhandlingsforbud. Det er likevel myket opp noe med innføringen av det nye anskaffelsesdirektivet.<sup>97</sup> I kontraktsfasen er endringsadgangen også begrenset.<sup>98</sup> Når planleggingsfasen ikke er like regulert som de andre fasene, er det desto viktigere å ta hensyn til likebehandlingsprinsippet.

## **2.6 Sammenfatning**

Kapittelet har gitt en mer generell beskrivelse av likebehandlingsprinsippet. Prinsippet er utviklet av EU-domstolen som også har fastlagt prinsippets innhold. For det første må leverandørene være i sammenlignbare situasjoner. Dersom de ikke er det vil forskjellsbehandling ikke ha funnet sted. Etter Domstolens lære kan forskjellsbehandlingen uansett være tillatt dersom oppdragsgiver har en objektiv begrunnelse for forskjellsbehandlingen.

I tillegg til likebehandlingsprinsippet vil de andre anskaffelsesrettslige prinsippene ha betydning i avhandlingen. Disse er kravene til konkurranse, gjennomsiktighet og proporsjonalitet. Prinsippene fungerer ofte i samvirke, men de kan også være konkurrerende interesser. Proporsjonalitetsprinsippet er av en litt annen art, det brukes på en måte sammen med likebehandlingsprinsippet.

---

<sup>96</sup> Christensen (2011) s. 58.

<sup>97</sup> Se Davey (2014) s. 103 flg.

<sup>98</sup> Artikkel 72.

### **3 Særlig fordel gjennom markedsdialog**

#### **3.1 Innledning**

Det er i planleggingsfasen den offentlige oppdragsgiver legger grunnlaget for anskaffelsen som skal gjennomføres. Behovet for dialog med markedet kan i disse situasjonene være stort. I dette kapittelet skal jeg presentere reglene om dialogen mellom oppdragsgiver og markedet i planleggingsfasen. Deretter vil jeg vurdere hvilke grenser disse reglene setter for dialogen mellom partene.

Forholdet reguleres nå av anskaffelsesdirektivets artikkel 40 og 41. Helt konkret innebærer reglene at offentlige oppdragsgivere må sørge for at leverandører, som følge av forberedende aktiviteter, har fått særlige fordeler ikke på en urettmessig måte kan dra nytte av disse fordelene i anskaffelsesprosessen. Reglene blir ansett som en bekreftelse på det som allerede fulgte av likebehandlingsprinsippet under det gamle direktivet.<sup>99</sup> Fordelene ved å være med i planleggingen kan bli så store at det vil bryte med likebehandlingsprinsippet om leverandøren får delta den i konkurransen. Det er da oppdragsgivers plikt å forhindre at en slik leverandør blir engasjert til oppdraget.

I norsk rett har begrepet rådgiverhabilitet gjerne blitt brukt om situasjonen hvor oppdragsgiver benytter seg av rådgivere i planleggingsfasen. Begrepet er likevel litt misvisende. For det første kan det tilsi at det kun er de formaliserte rådgiveravtalene som vil være i strid med regelverket. Det er ikke riktig. Også mer uformell kontakt vil kunne være i strid med anskaffelsesreglene.<sup>100</sup> For det andre kan også habilitetsbegrepet gi til dels gale assosiasjoner. Det lovgiver ønsker å regulere med slike regler er adgangen til dialog med markedet i anskaffelsens planleggingsfase. Begrepet habilitet har et innarbeidet forvaltningsrettslig innhold som ikke samsvarer med vurderingen av rådgivernes kontakt med markedet. Det kan likevel være nyttig som et slags støttebegrep. Jeg vil i dette kapittelet prøve å unngå å bruke begrepet rådgiverhabilitet.

I den videre fremstillingen vil jeg først gjøre rede for utviklingen av anskaffelsesreglene for dialog med markedet i planleggingsfasen. Jeg vil ta utgangspunkt i EU-direktivene, men vil også hente eksempler fra norsk rett. Denne kan bidra til å illustrere rettsutviklingen og bruken av likebehandlingsprinsippet. Videre vil jeg vurdere grensene for kontakten mellom oppdragsgiver og markedet. Til slutt vil jeg drøfte oppdragsgivers plikter etter direktivet, i hvilke

---

<sup>99</sup> Arrowsmith (2014) s. 654.

<sup>100</sup> Christensen (2011) s. 30.

tilfeller slike plikter eksisterer og hvor langt de strekker seg. Formålet med kapittelet er, i tillegg til å gjøre rede for de konkrete reglene, å si noe om likebehandlingsprinsippet stilling ved planleggingen av offentlige anskaffelser.

### 3.2 Historisk utvikling

Spørsmålet om oppdragsgivers dialog med markedet var frem til 1997 ikke nevnt i anskaffelsesdirektivene. Som en følge av EUs forpliktelser til WTO måtte spørsmålet reguleres. Det ble tatt inn i fortalet med direktivendring av 1997.<sup>101</sup> Det noe kryptiske punkt 8 i fortalet ble videreført i det klassiske direktivet.<sup>102</sup> Punktet lyder som følger:

”Inden de ordregivende myndigheder indleder en udbudsprocedure, kan de ved hjælp af en »teknisk dialog« søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes til at udarbejde udbudsbetingelserne, dog forudsat at en sådan rådgivning ikke har til følge, at konkurrence forhindres.”

Det utviklet seg etter hvert en forståelse rundt begrepet teknisk dialog. Teknisk dialog er en annen betegnelse på den hjelpen oppdragsgiver søker fra forskjellige aktører før en anskaffelse. Bestemmelsens plassering i fortalet skyldtes et kompromiss mellom de som ønsket en egen regel om teknisk dialog og de som ikke ønsket noe slik regel.<sup>103</sup> Den rettskildemessige vekten av uttalelser i fortalet kunne selvfølgelig problematiseres. Det følger blant annet av EU-domstolens sak *Casa Fleischhandels-GmbH* at elementer i fortalet ikke kan utgjøre rettsregler i seg selv, men bare fungere som tolkningsmomenter.<sup>104</sup> Fortalens punkt 8, utgjorde i mangel av annen regulering sammen med likebehandlingsprinsippet, det rettslige grunnlaget for spørsmål knyttet til teknisk dialogen mellom oppdragsgiver og leverandørene.

Det klassiske direktivets punkt 8 var utformet slik at «teknisk dialog» var tillatt såfremt rådgivningen ikke utelukket konkurranse. Dette er motsatt av både norske FOA og GPA-avtalen som begge er utformet som forbud rettet mot oppdragsgiver.<sup>105</sup> Rettstilstanden var imidlertid høyst uklar frem til EU-domstolens avgjørelse i *Fabricom-saken*. Dette illustreres av forskjellig regulering av spørsmålet innad i EU. I Belgia måtte oppdragsgiver avvise leverandører som hadde gitt råd til oppdragsgiver i planleggingsfasen, mens i Nederland var slik dialog tillatt. De fleste andre landene valgte en form for mellomløsning.<sup>106</sup>

---

<sup>101</sup> Direktiv 97/52/EF fortalens punkt 10.

<sup>102</sup> Direktiv 2004/18/EF.

<sup>103</sup> KOM (96) 623.

<sup>104</sup> Sak C-215/88 *Casa Fleischhandels-GmbH* premiss 31.

<sup>105</sup> Jf. FOA § 3-8 og GPA-avtalen artikkel VI nr. 4. GPA-avtalen er en WTO-avtale om offentlige innkjøp inngått i 1994.

<sup>106</sup> Priess (2002) s. 168-169.

Spørsmålet om oppdragsgivers adgang til dialog med markedet i planleggingen av anskaffelsen måtte på EU-nivå løses ved en kombinasjon av likebehandlingsprinsippet og fortalenes punkt 8. Det var opp til nasjonalstatene å bestemme hvordan spørsmålet skulle reguleres. Dette gjør det vanskelig for partene å forutse sin rettsstilling. Flere har tatt til orde for at dette er uheldig rettstilstand.<sup>107</sup>

### **3.3 Reguleringen av markedsdialog i anskaffelsesdirektivet**

#### **3.3.1 Det nye anskaffelsesdirektivet**

Hovedformålene med utviklingen av de nye anskaffelsesdirektivene var økt fleksibilitet og en forenkling av regelverket. Den økte fleksibiliteten viser seg blant annet ved at adgangen til å bruke mer forhandlingsbaserte konkurranseformer er utvidet.<sup>108</sup> Dette kan tenkes å minske behovet for dialog i planleggingsfasen.

Reglene om dialog med markedet var som vi har sett tidligere plassert i direktivets forale og ble utledet av fortalen, likebehandlingsprinsippet og rettspraksis. Det er gode argumenter for at såpass sentrale regler bør tas inn i direktivet. Hovedargumentet for dette er at det er forutsigbart for partene. Det er vanskelig for partene å forutsi rettstilstanden når grunnlaget er et vagt utformet likebehandlingsprinsipp.<sup>109</sup>

Formålet med reglene om dialog med markedet, er i stor grad å ivareta likebehandlingsprinsippet. De skal sørge for at dialog mellom oppdragsgiver og markedet skjer på en ryddig måte slik at leverandøren enten kan delta i prosessen eller utelukkes. Begrunnelsen er selvfølgelig behovet for å beskytte de andre leverandørene mot urimelige konkurransefortrinn, men også å sørge for at oppdragsgiver ikke får overraskende krav fra de andre leverandørene etter at kontrakten er signert.<sup>110</sup> Bestemmelsene kan ses på som en operasjonalisering av likebehandlingsprinsippet.

#### **3.3.2 Dialog med markedet**

Det nye anskaffelsesdirektivet har fått to bestemmelser om rådgivning i planleggingsfasen. Artikkel 40 er en form for programerklæring. Den tillater, på samme måte som punkt 8 i fortalen til det gamle anskaffelsesdirektivet, kommunikasjon mellom oppdragsgiver og markedet. Bestemmelsen er en oppfordring eller påminnelse om at slik dialog kan skje. Bakgrunnen er antakelig at dette kan bidra til å nå de overordnede målsetningene om effektivitet og gode

---

<sup>107</sup> Arrowsmith (2014) s. 651-652 og Treumer (2012) s. 148.

<sup>108</sup> KOM (2011) 896 punkt 1 og punkt 5 avsnitt 2.

<sup>109</sup> Treumer (2012) s. 147.

<sup>110</sup> Poulsen (2011) s. 451.

anskaffelser. Bestemmelsen inneholder ikke noen selvstendige vurderingstemaer ut over de som følger av direktivets artikkel 41. Den kan imidlertid utfylle tolkningen av artikkel 41, og vil i så fall ha betydning som mer enn en programerklæring.

Hovedregelen om kommunikasjon mellom partene i planleggingsfasen finnes i artikkel 41. Bestemmelsens første ledd angir dens virkeområde. Den skal omfatte oppdragsgivers kontakt med leverandører, og virksomheter i tilknytning til leverandører, når kontakten har skjedd i forberedelsen av anskaffelsesprosedyren. I disse situasjonene skal oppdragsgiver sørge for at den rådgivende leverandørs deltakelse ikke er konkurransevidende. Av siste del av første ledd følger det at oppdragsgiver skal treffe «passende foranstaltninger» for å sørge for at rådgiveren ikke får en konkurransefordel. Dette er en henvisning til utjevningstiltakene som følger av annet ledd.

Bestemmelsens andre ledd nevner først to konkrete måter oppdragsgiver kan sikre at leverandørens deltakelse ikke er konkurransevidende. De to eksemplene er å gi nødvendig informasjon og tilstrekkelig tid til de andre leverandørene. Det fremgår klart av ordlyden at de nevnte utjevningsmekanismene ikke er uttømmende.<sup>111</sup> Videre kan oppdragsgiver bare avvise en leverandør dersom det ikke finnes andre måter som kan sikre overholdelsen av likebehandlingsprinsippet. Dette tilsier at oppdragsgiver skal strekke seg langt for å forsøke å utjevne konkurransefordelen. Nok en gang viser lovgiver at det overordnede målet er at rådgiveren skal få adgang til å delta i konkurransen så lenge det ikke vrir konkurransen. Bestemmelsen omtaler også avvisning som virkemiddel uten at dette blir utbrodert noe nærmere, det blir heller ikke henvist til avvisningshjemmelen.<sup>112</sup>

Tredje ledd krever at leverandøren, før avvisning kan skje, skal få mulighet til å bevise at dens deltakelse ikke vrir konkurransen. Denne regelen er en kodifisering av *Fabricom-dommen*.<sup>113</sup> Formålet med en slik regel er å forhindre uriktige avvisninger og å sørge for bedre opplysning av saken. Dette er nyttig både for oppdragsgiver og leverandør.<sup>114</sup>

Artikkel 40 og 41 er på mange måter en kodifisering av tidligere gjeldende rett. Ettersom reglene ikke innebærer noe brudd den tidligere rettstilstanden, kan og bør forståelsen av direktivet suppleres med praksis og teori fra perioden forut for direktivets vedtakelse.<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> Se kapittel 2.4.

<sup>112</sup> Se artikkel 57 nr. 4 (f). Mer om avvisning i avsnitt 3.5.4.

<sup>113</sup> Sak C-21/03 (*Fabricom*) premiss 33.

<sup>114</sup> Det er verdt å merke seg at regelen i artikkel 41 nr. 3 ikke er tatt med i forslaget til ny anskaffelsesforskrift.

<sup>115</sup> Arrowsmith (2014) s. 654.

Reglene om oppdragsgivers dialog med markedet før konkurransen gjelder uavhengig av hvilken anskaffelsesprosedyre oppdragsgiver har tenkt til å benytte seg av. Ettersom behovet for rådgivning og hjelp kanskje er størst i de aller mest kompliserte anskaffelsene er det naturlig å anta at reglene er særlig aktuelle for de mer forhandlingsbaserte anskaffelsesprosedurene.<sup>116</sup>

### 3.3.3 Hvem er omfattet av bestemmelsen

Det første som er verdt å merke seg i artikkel 41 er hvem som er omfattet av bestemmelsen. Dette reguleres av første del av første ledd, den lyder som følger:

”Når en ansøger eller tilbudsgiver eller en virksomhed, der har tilknytning til en ansøger eller tilbudsgiver, har rådgivet den ordregivende myndighed, [...] eller på anden måde været involveret i forberedelsen af udbudsproceduren”

Bestemmelsen omfatter for det første alle «tilbudsgivere», det vil si alle som har inngitt tilbud i konkurransen. Den er trolig ikke begrenset til kun å omfatte leverandører som faktisk har levert inn tilbud. Leverandører kan være omfattet også før dette tidspunktet. Videre vil «ansøgere» være omfattet. Det innebærer at også leverandører som har levert inn forespørsel om å delta i begrenset anbudskonkurranse er omfattet. «Tilbudsgiver» og «ansøger» er i mange tilfeller juridiske personer. Bestemmelsen omfatter da selvfølgelig ansatte i disse foretakene.<sup>117</sup> Disse kategoriene fremstår som relativt enkle å forholde seg til for rettsanvenderen. I norsk rett blir begrepet leverandør brukt også der hvor direktivet bruker betegnelsen «ansøger».

Det er ikke bare når leverandøren selv yter rådgivning at han er omfattet av bestemmelsen. Også råd fra noen med *tilknytning* til leverandøren vil kunne gi leverandøren en særlig fordel i konkurransen. Spørsmålet blir da hva som ligger i kravet til tilknytning. Å utvide anvendelsesområdet til også å omfatte de som er tilknyttet oppdragsgiver er viktig for å ivareta likebehandlingsprinsippet. Det gjør at leverandører ikke kan omgå reglene ved å opprette kunstige skiller til sin egen virksomhet. Det er selvfølgelig ikke bare de tilfellene hvor leverandøren har forsøkt å omgå reglene som er omfattet, også der hvor tilknytningen mellom partene bare er sterk, uten at de har hatt noen intensjon om omgåelse, vil være omfattet. Likebehandlingsprinsippet ble tidligere brukt som selvstendig rettslig grunnlag for å komme til det samme resultatet.<sup>118</sup> Tilknytningskravet er nå tatt inn i ordlyden direktivet.

---

<sup>116</sup> Arrowsmith (2014) s. 979.

<sup>117</sup> Dette gjelder ikke helt uten unntak. Se avsnitt 3.5.3.2 om muligheten for å bruke såkalte «chinese walls» for å muliggjøre deltakelse i konkurransen.

<sup>118</sup> Treumer (2000) s. 107.

Hva som ligger i dette tilknytningskravet er ikke beskrevet nærmere i direktivet. Problemstillingen er likevel ikke ny, det har vært oppe tilsvarende spørsmål både for EU-domstolen og i nasjonale klagenemnder.

De typiske situasjonene som omfattes er der hvor en oppdragsgiver og en bestemt leverandør benytter seg av den samme konsulenten i anskaffelsesprosedyren. Tilknytningen behøver nok heller ikke i disse tilfellene å være formalisert ved avtale, også mer uformell dialog vil kunne utgjøre brudd på regelverket så lenge den er sterk nok. Det er flere gode grunner for å omfatte også rådgiverens rådgiver. For det første vil denne også ha en økonomisk interesse i tildelingen til den bestemte leverandøren. Som en følge av tildelingen kan de dra nytte av både goodwill og senere oppdrag hos denne leverandøren. For det andre kan leverandøren ellers enkelt omgå reglene ved å la en konsulent gi råd til oppdragsgiver istedenfor at de gjør det selv.<sup>119</sup> På den annen side vil konsulenten ha mindre egeninteresse i å vri konkurransen enn leverandøren selv vil ha. Dette argumentet er likevel ikke sterkt nok til at situasjonen ikke skal være omfattet av bestemmelsen. Konsulentens svakere egeninteresse kan samtidig gjøre at det skal mer til for å konstatere at rådgivningen har vært konkurransevidende enn der hvor leverandøren gir råd selv.<sup>120</sup>

Et annet spørsmål er hvordan dette vil forholde seg hvis to selskaper i samme konsern ville ha vært i disse posisjonene. Det vil si at et selskap i konsernet var rådgiver for oppdragsgiver mens et annet leverte inn tilbud i konkurransen. To selskaper i samme konsern er forskjellige juridiske enheter, men har likevel sammenfallende interesser fordi de har de samme eierne. Det er i rettspraksis ikke sett på den selskapsrettslige definisjonen av konsern for å konstatere tilknytning. Utgangspunktet er isteden om det er et organisatorisk interessefellesskap mellom de ellers selvstendige juridiske enhetene.<sup>121</sup> Illustrerende for dette spørsmålet er EU-domstolens saker om *Ballast Nedam Groep*. Sakene gjaldt ikke situasjonen med markedsdialog direkte, men muligheten til å ta hensyn til ekspertise i datterselskap ved vurderingen av morselskapets kvalifikasjoner.<sup>122</sup>

Domstolens uttalelser i *Ballast Nedam Groep-sakene* har betydning for spørsmålet om markedsdialog forut for anskaffelsen fordi den viser at man kan se bort i fra det rent juridiske skil-

---

<sup>119</sup> Treumer (2000) s. 110.

<sup>120</sup> Mer om denne vurderingen i avsnitt 3.4.

<sup>121</sup> Steinicke (2008) s. 423.

<sup>122</sup> Sak C-389/92 (*Ballast Nedam Groep I*) og C-5/97 (*Ballast Nedam Groep II*).

let som selskapsstrukturen representerer. Det må foretas en konkret vurdering av de enkelte selskapsstrukturene.<sup>123</sup>

Det har ikke blitt tatt konkret stilling til hvor sterkt båndet må være mellom selskapene i konsernet, i form av eierandel, for at tilknytningsvilkåret skal være oppfylt. I generaladvokatens uttalelse i *Ballast Nedam Groep I* ble det foreslått at leverandøren i hvert fall ved en eierandel på 100 % kunne sies reelt å disponere over sitt datterselskaps kvalifikasjoner.<sup>124</sup> Uttalelsen ble ikke fulgt opp av Domstolen.

Det kan uansett være en viss forskjell mellom disposisjon over datterselskaps kvalifikasjoner og markedsdialog når det gjelder eierandel som moment for tilknytningskravet. I saker med datterselskaps kvalifikasjoner trenger leverandøren antakelig flertall til å instruere datterselskapet. I saker om markedsdialog vil det også med mindre eierandeler kunne oppstå en interessekonflikt mellom rådgiver og leverandør som kan lede til urimelige konkurransefordeler. I norsk rett var tilknytningsspørsmålet i konsernforhold oppe i klagenemndas sak *SB-Transport*. I saken hadde et konsulentselskap bistått oppdragsgiver med gjennomføringen av konkurransen. Konsulentselskapet var eid med 100 % av selskapet Namdal Ressurs AS. Dette selskapet eide også 40 % av selskapet som ble tildelt kontrakten. Rådgiver og leverandør hadde altså det samme morselskapet. Klagenemnda kom til at konsulentselskapet kunne ha en økonomisk interesse i anskaffelsen.<sup>125</sup> Saken viser at selv mindre eierandel i leverandørselskapet kan ha betydning. Eierandel er uansett ikke avgjørende for utfallet, men det vil være et moment i vurderingen.

På samme måte som når en selvstendig konsulent er rådgiver for både oppdragsgiver og leverandør, er det også i konsernforhold en viss usikkerhet knyttet til leverandørens utnyttning av konkurransefordelen. Rådgiverens egeninteresse er mindre når tilknytningen er fjernere. Listen ligger antakelig derfor noe høyere for å konstatere konkurransevridende rådgivning enn der hvor leverandøren selv har vært i dialog med oppdragsgiver i planleggingsfasen.<sup>126</sup>

### 3.3.4 Hvilke råd / former for dialog er omfattet

Formålet med dette underkapittelet er å si noe om hvilke konkrete råd og former for dialog som er omfattet av reglene om dialog med markedet før konkurransen. Dette kommer til uttrykk på følgende måte i anskaffelsesdirektivet:

---

<sup>123</sup> Treumer (2000) s. 132-133.

<sup>124</sup> Generaladvokatens uttalelse i sak C-389/92 (*Ballast Nedam Groep I*) premiss 32.

<sup>125</sup> Sak 2010/54 (*SB Transport*) premiss 38.

<sup>126</sup> Steinicke (2008) s. 424.



«Når en ansøger [...] har rådgivet den ordregivende myndighed, hvad enten det er sket i forbindelse med artikel 40, eller ej, eller på anden måde været involveret i forberedelsen af udbudsproceduren».<sup>127</sup>

Bruken av uttrykket «rådgivet» kan tale for at bestemmelsen er begrenset til tilfellene hvor det foreligger et mer formalisert rådgivningsforhold. Dette vil antakelig ikke være tilfelle. Resten av bestemmelsen gir uttrykk for en mye videre regel. At oppdragsgiver på annen måte har vært involvert i forberedelsen omfatter de aller fleste formene for dialog i planleggingsfasen. Det er ikke begrenset til forberedende markedsundersøkelser,<sup>128</sup> og det trenger heller ikke være snakk om rådgivning som faktisk skal brukes i grunnlaget for konkurransen.<sup>129</sup> Direktivet setter altså få grenser for hvilke typer dialog som er omfattet og det er vanskelig å tenke seg situasjoner som ikke vil være dekket.

Hvordan harmonerer så dette ganske vide nedslagsfeltet med norsk rett? Etter FOA § 3-8 skal oppdragsgiver ikke søke eller motta råd som kan «bli benyttet under utarbeidelsen av tekniske spesifikasjoner». Ordlyden kan forstås på flere måter. Et første alternativ er å forstå ordet spesifikasjon i snever forstand. Dette er bare en begrenset del av anskaffelsesprosedyren og en slik forståelse ville være klart i strid med anskaffelsesdirektivets «involvert i forberedelsen av anskaffelsesprosedyren». I *Norconsult-dommen* utvidet lagmannsretten anvendelsesområdet for bestemmelsen. Ordet spesifikasjon må tolkes videre enn rent tekniske spesifikasjoner. Uttrykket må også omfatte alle former for krav som stilles til leveransen. Her vil i tillegg til de tekniske spesifikasjonene også annet forberedende arbeid være omfattet.<sup>130</sup>

Ifølge forenklingsutvalget er det krevende for oppdragsgiver å vurdere om leverandørers involvering i planleggingsfasen har medført en konkurransevridning. Den nåværende norske regelen i FOA § 3-8 kan virke streng. Dette kan medføre at unødvendig mange leverandører vegrer seg for å delta i konkurransen eller feilaktig blir avvist. I tillegg kan det gjøre at oppdragsgiverne blir redde for å konsultere markedet i planleggingen av anskaffelsen. De tror at enhver dialog med markedet medfører at leverandøren får en urimelig konkurransefordel. Dette vil kunne føre til at anskaffelsene blir dårligere enn de strengt tatt kunne ha vært.<sup>131</sup> Dette viser viktigheten av en god gjennomføring av likebehandlingsprinsippet. Regelen er foreslått endret og den nye regelen vil være i tråd med anskaffelsesdirektivets artikkel 40 og 41.<sup>132</sup> *Norconsult-dommen* viser imidlertid at rettstilstanden ikke blir nevneverdig forandret.

---

<sup>127</sup> Artikkel 41 nr. 1.

<sup>128</sup> Slik de er beskrevet i direktivets artikkel 40.

<sup>129</sup> Arrowsmith (2014) s. 654.

<sup>130</sup> LB-2010-201985 (Norconsult). Lagmannsretten gjør dette under henvisning til juridisk teori, blant annet Dragsten (2005) s. 632 og Graver (2005).

<sup>131</sup> NOU 2014:4 s. 268.

<sup>132</sup> Jf. Nærings- og fiskeridepartementets «høringsnotat 2» av 17. mars 2015 s. 9-10.

Hvordan dialogen gjennomføres vil også være av betydning for om den er omfattet av direktivet. Ordlyden i artikkel 41 er vid, den omfatter alle leverandører som har vært involvert i forberedelsen av anskaffelsen. Her er det nesten ikke grenser for hvilke former for dialog som kan omfattes. Unntaket vil være der hvor dialogen ikke har noen konkret anskaffelse for øyet. Dialogen kan gjennomføres på mange forskjellige måter. Grensene for bestemmelsen kan illustreres av tre typetilfeller.

Den første mest åpenbare er de formaliserte rådgivningsavtalene hvor oppdragsgiver inngår en avtale med rådgiver. Denne er relativt institusjonalisert og er i motsetning til de mer uformelle formene for dialog enklere å oppdage og dokumentere. Den er dermed også enklere å utjevne for oppdragsgiver. Men det er mer enn dette som er omfattet av bestemmelsen.<sup>133</sup>

En annen form for dialog er hvor en leverandør henvender seg direkte til oppdragsgiver i markedsføringsøyemed. Formålet er da å selge sine produkter, ikke å gi råd om en kommende anskaffelse. Disse situasjonene vil normalt ikke være omfattet av direktivbestemmelsene fordi de ikke gjelder noen konkret anskaffelse. Etter artikkel 41 gjelder direktivet «forberedelsen af udbudsproceduren». Oppdragsgiver kan her også typisk få et konkret tilbud fra leverandøren som utløser et ønske om å gjøre en anskaffelse.<sup>134</sup> Da oppstår spørsmålet om dette er i en del av forberedelsen av anskaffelsesprosedyren eller ikke. Som allerede nevnt er listen for å være omfattet av dette begrepet relativt lav. Etter at oppdragsgiver har bestemt seg for å gjøre en anskaffelse, vil en dialog av en viss substans om det avgitte tilbudet antakelig være omfattet. Det betyr ikke at oppdragsgiver i situasjonene som ikke er omfattet av direktivet kan skredersy spesifikasjonene i tråd med tilbudet. Oppdragsgiver må uansett ivareta likebehandlingsprinsippet ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget.<sup>135</sup>

En tredje og enda mer uformell type dialog er samtaler med leverandører, for eksempel i forbindelse med messer eller konferanser. Innkjøpere og leverandører møtes til stadighet under uformelle omstendigheter. Slik dialog kan også være omfattet av direktivet. Dialog som skjer uten en konkret anskaffelse i tankene vil ikke være omfattet av direktivet. Slik uformell kontakt blir først et problem når oppdragsgiver bruker den informasjonen i en senere anskaffelse. Konkurransesvridende informasjon oppnådd på denne måten er svært vanskelig å oppdage og

---

<sup>133</sup> Artikkel 41 «har rådgivet den ordregivende myndighed [...] eller på anden måde været involveret i forberedelsen af udbudsproceduren».

<sup>134</sup> Se for eksempel klagenemndas avgjørelse i sak 2003/286 (Didac) hvor selskapet kontaktet Aker Universitetssykehus med et tilbud. Verdien av ytelsen i den avtalen var over terskelverdi slik at sykehuset måtte sette anskaffelsen ut på anbud.

<sup>135</sup> Christensen (2011) s. 29.

spørsmålet vil sjelden aktualisere seg, men det er viktig for oppdragsgivere å være oppmerksom på situasjonen.<sup>136</sup>

Selv om anvendelsesområdet for bestemmelsen er vidt, og mye dialog generelt sett faller inn under, vil tema for dialogen og hvordan den ble gjennomført ha betydning i helhetsvurderingen. Dette må gjøres under vurderingen av om leverandøren har fått en urimelig konkurransefordel. Mer om dette i kapittel 3.4 under. Det vil for eksempel ofte være vanskeligere å konstatere at en leverandør har fått en konkurransefordel hvor dialogene ikke har gitt seg noe spesielt uttrykk i konkurransegrunnlaget.

### 3.4 Når får rådgiveren en særlig fordel?

#### 3.4.1 Innledning

Det følger av praksis fra EU-domstolen, norske domstoler og fra KOFA at det skal foretas en konkret vurdering av de mulige konkurransefordelene som rådgiver har fått. Dette uttales i klartekst av EU-domstolen i *Fabricom-saken* hvor:

”[S]amtlige bydende behandles like, hvis der findes en procedure, hvorefter det i hvert konkret tilfælde afgøres, om [...] personen, der har udført de nævnte arbejder [får] en konkurrencefordel i forhold til de andre bydende”<sup>137</sup> (min understreking).

Litt enkelt kan man si at dette er vurderingen av om rådgiveren har fått et klart konkurransefortrinn. Anskaffelsesdirektivets artikkel 41 forandrer ikke det utgangspunktet at det skal foretas en konkret vurdering.

I *Fabricom-saken* var belgiske regler utformet slik at de forbød rådgivere å delta i den senere anbudskonkurransen. Formålet med regelen var å sikre likebehandling av leverandørene ved å utelukke alle rådgivere. Domstolen fant at forbudet ikke var proporsjonalt. Istedenfor et forbud kunne oppdragsgiver foreta en vurdering i hvert enkelt tilfelle. Regelen var dermed i strid med likebehandlingsprinsippet.<sup>138</sup> Det er interessant at generaladvokaten i forslaget til uttalelse kom til motsatt konklusjon. Generaladvokaten begrunnet dette med at det uansett ville være svært vanskelig å vurdere, også for rådgiveren selv, hvilken konkurransevridende effekt rådgivningen ville ha på den senere konkurransen. Kommisjonen var enig med generaladvokaten og fremhevet at formålet med regelen var å sikre likebehandlingen av leverandørene.<sup>139</sup> Det er altså ikke åpenbart at den skulle få det utfallet den fikk. Det viser at det er vanskelig, selv for

---

<sup>136</sup> Christensen (2011) s. 28.

<sup>137</sup> Sak C-21/03 (Fabricom) premiss 32.

<sup>138</sup> Sak C-21/03 (Fabricom) premiss 36

<sup>139</sup> Generaladvokatens uttalelse i sak C-21/03 (Fabricom) premiss 42-44.

høyt kvalifiserte jurister i EU, å bruke likebehandlingsprinsippet som selvstendig rettslig grunnlag.

Det har i juridisk teori og rettspraksis blitt listet opp en rekke mer eller mindre treffende kriterier for hvordan helhetsvurderingen som etableres i *Fabricom* skal foretas. *Fabricom-saken* er den eneste saken hvor EU-domstolen har tatt stilling til spørsmål om oppdragsgivers dialog med markedet.<sup>140</sup> Kriteriene stammer derfor primært fra nasjonal praksis. Kriteriene kan grovt sett deles i tre typer. Den første omhandler den kunnskapsfordelen leverandøren har fått og videre om kunnskapen er gjort tilgjengelig for de andre leverandørene. Den andre typen av kriterier gjelder den rådgivende leverandørens fordel i tid, her er både forspranget leverandøren har fått og tidspunktet rådgivningen har blitt utført på sentralt. Den siste gruppen kriterier er knyttet til forhold ved markedet eller partene.

Det følger ganske klart av det nye direktivet at utjevningsmekanismene er en del av helhetsvurderingen.<sup>141</sup> Jeg har likevel valgt å behandle utjevningen i to separate bolker. De to mekanismene som nevnes i direktivet, utjevning av informasjons- og tidsfordeler blir behandlet som en del av helhetsvurderingen i dette kapittelet. Andre utjevningsmekanismer blir behandlet i underkapittel 3.5.3. Jeg mener at det vil være den mest ryddige fremstillingen fordi utjevning av informasjons- og tidsfordeler har tettere tilknytning til helhetsvurderingen, mens de andre er mer frittstående. Man kan si at informasjons- og tidsfordelene er veien inn i vurderingen, mens de andre er veien ut. Videre mener jeg det synliggjør betydningen av likebehandlingsprinsippet å behandle utjevningsmekanismene for seg, mens de to som nevnes i direktivet er for uløselig knyttet til konkurransefordelene til å behandles utenfor den rammen.

### 3.4.2 Kvalifisert konkurransefordel

Etter direktivets artikkel 41 skal oppdragsgiver sørge for at «konkurrencen ikke fordrejes». Det er altså en forutsetning at rådgivningen ikke er konkurransevidende. Det er kanskje mer naturlig å snakke om det som en operasjonalisering av vurderingen som skal foretas enn et konkret vilkår. Konkurransevidning er for så vidt et kjent begrep i EU-retten. Det brukes for eksempel også i konkurransereglene og i reglene om statsstøtte.<sup>142</sup> Det er den rådgivende leverandørens deltakelse som ikke skal fordreie konkurransen.

Hva som ligger i konkurransevidning sier bestemmelsen ingenting om. Det må antakelig være ment en eller annen form for kvalifisert konkurransefordel. Dialog om helt enkle eller

---

<sup>140</sup> Treumer (2012) s. 145.

<sup>141</sup> Artikkel 41 nr.1 hvor det følger at ”den ordregivende myndighed [træffer] passende foranstaltninger for at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes”.

<sup>142</sup> TEUV artikkel 101 og 107.

perifere spørsmål vil antakelig ikke være omfattet fordi den ikke er konkurransevidende. Kommisjonens forarbeider til artikkel 41 gir heller ikke mye veiledning. Der brukes begrepe- ne urimelig fordel og urimelig favorisering av deltakerne i dialogen. Dette taler også for at det må være en form for kvalifisert konkurransefordel.<sup>143</sup>

Ordlyden i den norske FOA § 3-8 harmonerer dårlig med det nye anskaffelsesdirektivet på dette punktet. Den norske ordlyden er utformet på samme måte som avsnitt 8 i fortalen i det gamle direktivet. Rådgivningen kan ikke skje på en måte som vil kunne «utelukke konkurranse». Dette ble modifisert av lagmannsretten i *Norconsult-dommen*. Lagmannsretten uttalte at uttrykket «utelukke konkurranse» indikerer en høy inhabilitetsterskel, men at regelen strekker seg lenger enn det. Hvilken som helst fordel er likevel ikke nok. Konkurransafortrinnet må, slik domstolen selv formulerer det, være «av en viss størrelse og betydning».<sup>144</sup> Lagmannsretten brukte likebehandlingsprinsippet som tolkningsfaktor for å senke terskelen for brudd på bestemmelsen. Dette viser at likebehandlingsprinsippet tillegges stor vekt, også i møte med forskriftens ordlyd. Forskriften er foreslått endret og forslaget er utformet på samme måte som det nye direktivet. Begrepsbruken er likevel forskjellig, etter forslaget må rådgiveren ikke få en urimelig konkurransefordel.<sup>145</sup>

Det er vanskelig å si noe om grensene for konkurransefordelen på generelt grunnlag. Det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i de konkrete fordelene som kan oppstå, og vurdere grensen i tilknytning til spørsmål som dukker opp for hver enkelt fordel. De forskjellige fordelene og momenter til vurderingen vil bli presentert i resten av kapittelet.

### 3.4.3 Kunnskapsfordel

#### 3.4.3.1 Omfanget av dialogen

Omfanget av rådgiverens bistand er et selvsagt moment i vurderingen av om en rådgiver har fått en urimelig konkurransefordel. I tillegg til rådgivningens omfang vil størrelsen på anskaffelsen ha betydning i denne vurderingen. For en mindre anskaffelse vil mindre rådgivning også kunne være konkurransevidende, mens i store kontrakter vil det typisk kreves mer. Hvor rådgivning er i kjernen av det som senere skal anskaffes, vil det kreves mindre omfang.<sup>146</sup>

*Norconsult-dommen* gir også et mer praktisk og kvantifiserbart eksempel på betydningen av rådgivningens omfang ved vurderingen av rådgivers konkurransefordel. I saken hadde Nor-

---

<sup>143</sup> KOM (2011) 896.

<sup>144</sup> LB-2010-201985 (Norconsult).

<sup>145</sup> Nærings- og fiskeridepartementets «høringsnotat 2» av 17. mars 2015 § 7-2. Begrepet urimelig konkurransefordel blir også brukt i direktivets forarbeider jf. KOM (2011) 896.

<sup>146</sup> Steinicke (2008) s. 413.

consult utført tilleggsarbeid i forbindelse med utbyggingen av dobbeltspor på Sørlandsbanen. Tilleggsarbeidene utgjorde totalt 970 timer og i den omtvistede kontrakten var det totale timeantallet 46 000. Lagmannsretten uttalte at det totale omfanget av tilleggsarbeidene var meget beskjedent, sett i forhold til de oppdragene det skulle gis tilbud på.<sup>147</sup> Det er uklart hvilken vekt lagmannsretten legger på dette momentet, men siden de tar det opp på den måten må det ha hatt en viss betydning for avgjørelsen. Det er likevel viktig å være forsiktig med å tillegge denne typen beregninger for stor vekt. Grunnen til det er at selv med et lavt timeantall kan rådgivningen være meget sentral og således gi leverandøren en konkurransefordel.

Ved omfattende rådgivning er det også antatt at det kan utvikle seg tette bånd mellom oppdragsgiver og den rådgivende leverandøren. Dette kan fort føre til at oppdragsgiver i de senere skjønnsmessige delene av evalueringen blir mer positiv til den leverandøren de allerede kjenner og har felles forståelse med. Tette bånd vil selvfølgelig også kunne oppstå der rådgivningen er mindre omfattende, men risikoen er nok klart større i omfattende rådgivningsoppdrag som går over en viss tid. Det vil være problematisk dersom oppdragsgiver på grunn av det tette båndet utformer konkurransegrunnlaget på en bestemt måte, eller tar hensyn til det i evalueringen av tilbudene. Å legge vekt på slike mer personlige forhold vil kunne utgjøre usaklig forskjellsbehandling av de andre leverandørene, og derfor være i strid med likebehandlingsprinsippet. Denne typen konkurransefordel vil ofte være svært vanskelig for utenforstående å oppdage.<sup>148</sup>

#### 3.4.3.2 Innholdet av dialogen

Et vurderingstema er om rådgivningen er i kjernen av det som skal anskaffes, eller om den er mer perifer. For å vurdere dette er det sentralt å sammenligne det arbeidet oppdragsgiver har gjort med det arbeidet de andre leverandørene må gjøre for å utforme et tilbud som er best mulig. Et første spørsmål er om man i det hele tatt bør ta hensyn til innholdet av dialogen. I *Fabricom-saken* var et av Generaladvokat Légers argumenter knyttet til innholdet av dialogen. Han mente at innholdet av dialogen er vanskelig å identifisere, selv for rådgiveren og oppdragsgiver. Man bør derfor være forsiktig med å legge for stor vekt på kunnskapen rådgiveren har ervervet for å tillate rådgiverens deltakelse.<sup>149</sup> I motsatt retning trekker opplysning av saken, innholdet bør heller vurderes konkret. Dersom det faktisk kan identifiseres må det selvfølgelig tillegges vekt hvilken type rådgivning som har blitt ytt. Svaret bør derfor bli at man kan ta hensyn til innholdet av dialogen i vurderingen av rådgiverens konkurransefordel.

---

<sup>147</sup> LB-2010-201985 (Norconsult).

<sup>148</sup> Treumer (2007) s. 100.

<sup>149</sup> Generaladvokatens uttalelse i sak C-21/03 (Fabricom) premiss 42.

*Norconsult-dommen* viser at det er mulig å skille mellom informasjon av ulik art. Resultatet av arbeidet i saken besto av skisser og notater knyttet til tilleggsarbeidet Norconsult hadde utført. Informasjonen var ikke en spesifisering av anskaffelsen, men ga ifølge lagmannsretten «generell informasjon om ulike sider ved prosjektet». Det å delta i forberedelsen av anskaffelsen ved å utarbeide grunnlagsdokumenter vil normalt ikke i seg selv være til hinder for at rådgiveren skal få delta i den senere konkurransen.<sup>150</sup>

Informasjon av en litt annen art finnes i klagenemndas sak *BTV Innkjøp*. Her hadde en av leverandørene (Ernst & Young AS) bistått oppdragsgiver i et forprosjekt til nytt skoleadministrativt system i Buskerud, Telemark og Vestfold. Anskaffelsen i saken gjaldt bistand til gjennomføring av konkurransepreget dialog for en senere anskaffelse. Ifølge klagenemnda var kravspesifikasjonen nærmest identisk med forprosjektrapporten, noe som innebar at Ernst & Young nærmest hadde utarbeidet kravspesifikasjonen.<sup>151</sup> Den informasjonen Ernst & Young satt med var av en helt annen art enn den Norconsult hadde tilegnet seg i forprosjektene til Sørlandsbanen.

En annen indikasjon på hvor sentral innholdet av rådgivningen har vært, kan man få ved å se om fordelene knytter seg til forhold som er høyt eller lavt vektet i tildelingskriteriene. Det forutsetter at forarbeidet har materialisert seg i tildelingskriteriene, men i så fall vil disse kunne gi en indikasjon på hvor sentralt arbeidet er for tilbudet som skal utformes. Et eksempel er det danske Klagenævnet for Udbuds kjennelse i *LSI Metro Gruppen*. Der var konkurransefordelen knyttet til et tildelingskriterium som utgjorde 10 % av totalen. Dette ble nevnt i saken, men det ble ikke sagt eksplisitt hvordan det ble vektlagt.<sup>152</sup> Man bør likevel være forsiktig med å legge for stor vekt på vekting i tildelingskriteriene fordi det ofte er vanskelig å anslå hvilken betydning rådgivningen har hatt for kriteriene.

### 3.4.3.3 Bruken av dialogen

I tillegg til konkrete tema for dialogen har det også betydning hvilken del av anskaffelsesprosedyren forarbeidene skal brukes til. Dette har nær sammenheng med leverandørens påvirkning på konkurransegrunnlaget. Hvis påvirkningen har vært stor er det kanskje den tydeligste indikasjonen på at rådgivningen er i strid med likebehandlingsprinsippet.<sup>153</sup>

Det er ikke noe i direktivet som skulle tilsi at konkrete temaer vil være forbudt å diskutere med potensielle leverandør. Enkelte temaer og deler av anskaffelsesprosedyren må oppdrags-

---

<sup>150</sup> LB-2010-201985 (Norconsult).

<sup>151</sup> Sak 2012/144 (BTV Innkjøp) premiss 38-46.

<sup>152</sup> Det danske Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 24. august 2007 (LSI Metro Gruppen).

<sup>153</sup> Steinicke (2008) s. 406.

giver være mer forsiktig med å diskutere med en potensiell leverandør enn andre.<sup>154</sup> De forskjellige formene som diskuteres her er utkast til konkurransegrunnlag, kravspesifikasjonene, tildelingskriteriene og valg av konkurranseform. Dette er de jeg ser på som mest sentrale, men ikke en uttømmende fremstilling. Kategoriene gir for øvrig bare generelle indikasjoner, de andre momentene i den konkrete vurderingen vil selvfølgelig kunne forandre utgangspunktet.

For det første kan tema for dialogen være konkrete utkast til konkurransegrunnlag. Dette er sentral informasjon i konkurransen. Dersom konkurransegrunnlaget er utformet av en leverandør kan det bli vanskelig å la denne delta. En konkret bestemmelse som kan hindre dialog rundt utkast til konkurransegrunnlaget er direktivets artikkel 52 nr. 1. Etter denne må konkurransen ikke offentliggjøres nasjonalt før offentliggjøring i den europeiske TED-databasen. Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd nasjonal kunngjøring, slik som den som i Norge skjer etter FOA § 18-1. Det er likevel antatt at artikkel 52 nr. 1 også omfatter meddelelse til en eller flere leverandører. Dialog med markedet om konkurransegrunnlaget vil være et eksempel på en slik meddelelse.<sup>155</sup> Med en for streng forståelse av bestemmelsen på dette punkt ville adgangen til dialog med markedet i realiteten blitt innholdsløst. Gode grunner taler derfor for at det bare er det fullstendige konkurransegrunnlaget som er omfattet av artikkel 52 nr. 1. Andre situasjoner må løses etter den alminnelige regelen om dialog med markedet før konkurransen i artikkel 41.

For det andre kan markedsdialogen dreie seg om kravspesifikasjonene. Dette må som utgangspunkt være tillatt og er typisk kjernen av det oppdragsgiver søker kunnskap om ved planleggingen av en anskaffelse. Også dette temaet kan by på problemer for oppdragsgiver. Dersom en leverandør er med på å utforme anskaffelsens minstekrav vil det være problematisk at den leverandøren deltar i den senere anskaffelsen.<sup>156</sup>

Et tredje tema oppdragsgiver kan ha behov for rådgivning om er utformingen av tildelingskriteriene. Det fjerde temaet er valg av konkurranseform. Begge disse er langt mer problematiske å gi råd om enn de tekniske spesifikasjonene. Tildelingskriteriene er det leverandørene skal vurderes etter når vinneren av konkurransen skal velges. Det er problematisk om en leverandør selv kan velge hvilke kriterier han skal vurderes etter og hvordan vektingen mellom dem skal skje. Det kan vanskelig tenke seg at en leverandør forblir objektiv i en slik situasjon og faren for å prioritere egne løsninger foran konkurrentenes er overhengende. Morten Uhrskov Christensen mener at utformingen av tildelingskriteriene «tåler ikke under noen

---

<sup>154</sup> Christensen (2011) s. 40 flg.

<sup>155</sup> Steinicke (2008) s. 1006.

<sup>156</sup> Christensen (2011) s. 41-42.



form drøftelse i en teknisk dialog». <sup>157</sup> Noe av det samme gjelder for valg av konkurranseform. Her vil en leverandør kunne velge den formen som passer best til dennes løsninger. Dette vil for eksempel være tilfelle hvis leverandøren selv ikke har behov for dialog i løpet av konkurransen, mens konkurrentene vil ha det. Da vil leverandøren kunne foreslå åpen eller begrenset konkurranse istedenfor mer konkurransepregede løsninger. Det er samtidig mindre risiko for at leverandøren skaper en konkurransefordel ved å velge konkurranseform enn ved utforming av tildelingskriteriene.

#### *3.4.3.4 Om nødvendig dokumentasjon er gjort tilgjengelig*

Om nødvendig dokumentasjon er gjort tilgjengelig for de øvrige leverandørene er en enkel og effektiv måte å forhindre at rådgivernes bistand vil være konkurransevridende. Momentets betydning har blitt understreket ved at det har blitt tatt inn i det nye anskaffelsesdirektivet. <sup>158</sup>

Tilgjengeliggjøring er også helt sentralt i vurderingen etter norsk rett. <sup>159</sup> Rettstilstanden er derfor allerede i tråd med direktivet på dette punktet. Direktivet sier likevel lite om hvordan regelen skal praktiseres. Aktuelle spørsmål er hvordan dokumentasjonen best kan gis, og om det er noen grenser for informasjonsflyten til de andre leverandørene.

For oppdragsgiver vil det ofte være økonomisk lønnsomt om leverandøren som har bidratt i den innledende fasen av anskaffelsen får mulighet til å delta i konkurransen. Denne aktøren vil kunne ha kunnskap som gjør det mulig å inngi et godt tilbud. Om rådgiveren skal få delta, er derfor en avveining mellom hensynet til effektivitet og likebehandlingsprinsippet. Tradisjonelt i anskaffelsesretten har kravet til likebehandling stått sterkt i den typen avveininger. <sup>160</sup> For å muliggjøre rådgiverens deltakelse kan tilgjengeliggjøring av dokumentasjon for konkurrenter være et nyttig virkemiddel. <sup>161</sup>

Det er ikke bare dokumentasjon som kan gjøres tilgjengelig, men også faktiske produkter og modeller som den rådgivende leverandøren har bidratt med. Det som ofte vil fremlegges er resultatet av leverandørens arbeid i form av rapporter og notater. Samtidig er det ikke alltid tilstrekkelig at bare resultatet gjøres tilgjengelig. <sup>162</sup> I ordlyden i artikkel 41 nr. 2 følger det at all relevant informasjon som er utvekslet mellom partene skal gjøres tilgjengelig. Hvis den rådgivende leverandøren har fått annen informasjon i rådgivningsarbeidet må denne også leg-

---

<sup>157</sup> Christensen (2011) s. 41.

<sup>158</sup> Artikkel 41 nr. 2.

<sup>159</sup> Jf. LB-2010-201985 (Norconsult) og FADs veileder pkt. 5-4-3.

<sup>160</sup> Simonsen (1997) s. 535-536.

<sup>161</sup> Priess (2002) s. 167.

<sup>162</sup> Dette var problematisert tidligere, men må nå antas klarlagt av ordlyden i artikkel 41.

ges ved hvis informasjonen har betydning for å utjevne konkurransefordelen. Dersom informasjonen ikke finnes i skriftlig form må oppdragsgiver på annen måte sørge for at leverandørene får tilgang til informasjonen.<sup>163</sup> Den tryggeste måten å sikre likebehandling er antakelig ved skriftlig informasjon. Dette er den beste måten å sikre at alle leverandørene får den samme informasjonen og å ivareta hensynet til etterprøvbarhet.

Klagenemndas avgjørelse i *Making Waves-saken* illustrerer hvordan dokumentasjonen ikke bør gis. I saken var et av tildelingskriteriene kjennskap til «SiteED», et datarammeverk utviklet av den eksisterende leverandøren. Potensielle leverandører ble henvist til leverandøren som hadde utviklet rammeverket med eventuelle spørsmål. Dette var ifølge nemnda ikke i tråd med likebehandlingsprinsippet, blant annet fordi det ikke sikret at alle leverandørene fikk den samme informasjonen og det var heller ingen garanti for at de fikk alle opplysninger de ville ha behov for. I tillegg setter dette den rådgivende leverandøren i en vanskelig posisjon. Det er lite insentiv for rådgiveren å gi god veiledning til konkurrenter.<sup>164</sup> Saken gjaldt for så vidt ikke fordeler for en rådgiver, men eksisterende leverandørs konkurransefordel. Den er likevel illustrerende for hvordan informasjonen bør gis. Heller ikke i rådgiversituasjonen bør de andre leverandørene bli henvist til rådgiveren når de etterspør informasjon.

Kravet om at oppdragsgiver gir informasjon til leverandørene er likevel ikke helt ubetinget. Dette kan ses i sammenheng med at konkurransefordelen må være kvalifisert.<sup>165</sup> Begrensningen i utejevningsplikten er et eksempel på at kravet til effektivitet også er sentralt i anskaffelsesretten og i en del tilfeller begrenser det kravet til likebehandling.

Utejevningsplikten kan for det første tenkes å begrenses av rådgiverens rettigheter til materialet. Dersom rådgiveren har utarbeidet undersøkelser, rapporter eller datamateriale er det ikke uten videre sann at oppdragsgiver kan tilgjengeliggjøre dette for de andre leverandørene. Oppdragsgiver bør derfor sikre seg rett til resultatet av rådgivningen, for eksempel i rådgiveravtalen.<sup>166</sup> At oppdragsgiver ikke har rettigheter til materialet fritar ham likevel ikke fra plikten til å gjøre informasjonen tilgjengelig. Det vil si at dersom det er umulig å overlevere informasjonen til de andre leverandørene, kan resultatet bli at rådgiveren må avvises fra konkurransen.

---

<sup>163</sup> Jf. den relativt strenge ordlyden i artikkel 42 nr. 2 hvor avvisning bare skal skje når det ikke er andre måter å sikre at forpliktelsen overholdes. Mer om dette i avsnitt 3.5.4.

<sup>164</sup> Sak 2004/46 (*Making Waves*) premiss 27.

<sup>165</sup> Jf. artikkel 41 nr. 1 «passende foranstaltninger» for å sikre at konkurransen «ikke fordrejes».

<sup>166</sup> Christensen (2011) s. 50.

For det andre må det være en viss forholdsmessighet mellom den informasjonen som må gis og anskaffelsen som skal gjennomføres. Klagenemnda uttalte i *Making Waves-saken* at man kan se hen til anskaffelsens verdi, og betydningen av informasjonen den rådgivende leverandøren sitter med.<sup>167</sup> I samme retning trekker Norconsult-dommen hvor lagmannsretten uttalte at «og [...] fordelene heller ikke i det vesentlige er utjevnet før konkurransen er avsluttet». Sitatet viser at konkurransefortrinnet ikke behøver være helt utjevnet ved dokumentasjonen som gjøres tilgjengelig for leverandørene.<sup>168</sup>

I tilknytning til dette oppstår spørsmålet om også svært komplisert eller omfattende informasjon er en «passende foranstaltning» og dermed må tilgjengeliggjøres.<sup>169</sup> Et argument mot at slik informasjon må gjøres tilgjengelig er at den ikke nødvendigvis vil gi leverandørene noen nytte ved utformingen av tilbudet, så det vil spare oppdragsgiver og leverandørene for arbeid ved å la være. Tanken er at informasjonen er mer forvirrende for leverandørene, noe som kan svekke kvaliteten på tilbudene. Kravet til forholdsmessighet vil innebære at oppdragsgiver også kan la være å gi informasjon som vil være vanskelig eller kostbar å få formidlet til leverandørene, mens nytten de vil få av dette i konkurransen er relativt begrenset. Det er på den annen side viktig å være forsiktig med løsninger som dette. Oppdragsgiver er ikke alltid best i stand til å vurdere hvilken informasjon som er nødvendig for en leverandør, og rådgiveren er enda mindre i stand til dette på grunn av subjektiv interesse i konkurransen. Gode argumenter taler altså for at leverandørene selv er best skikket til å vurdere hvilken informasjon som er nyttig for dem i anskaffelsen. Derfor vil det i mange tilfeller være bedre å ta med litt for mye enn litt for lite informasjon i tilknytning til konkurransegrunnlaget.

Det sentrale er at informasjonen blir gjort tilgjengelig for alle leverandørene aller helst på samme tidspunkt i prosessen. Dette er også best i samsvar med de generelle kravene til gjennomsiktighet og forutberegnelighet i anskaffelsesprosesser.<sup>170</sup> Løsningen med informasjonsmøte er kanskje noe mer ressurskrevende, men gir en bedre mulighet for dialog og åpenhet om informasjonen som gis. Likebehandlingsprinsippet påkrever kanskje denne løsningen i de aller mest kompliserte anskaffelsene, men i mange tilfeller vil det være tilstrekkelig at informasjonen gis skriftlig som en del av kunngjøringen. Informasjonsmøter kan også være positivt for oppdragsgiver som kan få ny input for anskaffelsen.<sup>171</sup> Det klare argumentet mot en

---

<sup>167</sup> Sak 2004/46 (Making Waves) premiss 26.

<sup>168</sup> LB-2010-201985 (Norconsult) jf. også klagenemndas sak 2005/296 (Kåre Hagen Byggelederfirma) premiss 27.

<sup>169</sup> Artikkel 41 nr. 1.

<sup>170</sup> Artikkel 18 nr. 1.

<sup>171</sup> Treumer 2000 s. 126.

slik løsning er kostnadene den vil medføre. Om det er et nyttig og nødvendig verktøy vil måtte bero på typen anskaffelse.

Å gjøre nødvendig dokumentasjon tilgjengelig for oppdragsgiver er et viktig moment i vurderingen av om rådgiveren har fått en urimelig konkurransefordel. Det er også en måte oppdragsgiver kan utjevne en leverandørs konkurransefordel for å sikre bredest og best mulig deltakelse i konkurransen. Det er likevel ikke alltid slik tilgjengeliggjøring vil fungere, i en del tilfeller kan konkurransefordelen være av en slik art at det ikke lar seg utjevne. For eksempel der rådgiveren og leverandøren har fått et tett bånd eller rådgivningen har omhandlet informasjon som er i kjernen av den senere anskaffelsen.

### 3.4.4 Fordel i tid

#### 3.4.4.1 *Tidsmessig forsprang*

Tidsfristen er avgjørende i de aller fleste anbudskonkurranser. Et forsprang i tid vil medføre en klar fordel for en leverandør i konkurranse med andre. Et vurderingsmoment for om rådgivningen har vært konkurransevridende er om oppdragsgiver har gitt en tilstrekkelig tidsfrist. I tillegg er det en måte oppdragsgiver kan utjevne rådgiverens konkurransefordel. Det er tatt inn som utjevningsmoment i det nye anskaffelsesdirektivets artikkel 41 nr. 2. Ifølge direktivet skal oppdragsgiver fastsette en tilstrekkelig tidsfrist for mottakelse av tilbud.<sup>172</sup> Det betyr i korte trekk at oppdragsgiver enten må ta hensyn til den informasjon en rådgiver har fått når tidsfristen fastsettes i anbudsinnsbydelsen, eller ved å gi utsettelse etter at konkurransen er i gang. At alle tilbydere får den samme fristen, at fristen er utformet under hensyn til leverandørenes forutsetninger, samt at leverandørene får samtidig melding om eventuelle endringer i fristen er sentrale utslag av likebehandlingsprinsippet.<sup>173</sup>

Aktuelle leverandører får vite om konkurransen enten ved at de blir invitert til å delta av oppdragsgiver eller ved at de selv ser at konkurransen er kunngjort i den norske databasen for offentlig innkjøp DOFFIN eller i EU-databasen TED. Oppdragsgiver vil da i henhold til anskaffelsesregelverket ha satt en frist for innlevering av tilbud. Fristen er normalt ikke veldig langt frem i tid, men for anskaffelser over EØS-terskelverdi er det likevel visse minimumsfrister.<sup>174</sup> Hensynet til effektivitet tilsier at fristen bør settes så kort som mulig, dette fremgår også av punkt 80 i fortalen til det nye anskaffelsesdirektivet. Disse reglene illustrerer at tiden er avgjørende i konkurransen. Å ha kjennskap til at konkurransen skal bli avholdt kan være en klar konkurransefordel. Leverandøren som vet at konkurransen kommer kan for eksempel

---

<sup>172</sup> Artikkel 47 nr. 1.

<sup>173</sup> LB-2010-89858 (Studentsamskipnaden).

<sup>174</sup> Jf. artikkel 27-31. Fristen kan ikke settes kortere enn den minimumsfristen som er fastsatt i direktivet. Som hovedregel varierer denne mellom 30 og 35 dager, avhengig av konkurranseform.

sørge for å ha tilstrekkelige personalressurser tilgjengelig for å utføre arbeidet med konkurransen. Rådgiveren kan også oppnå et forsprang i det faktiske arbeidet med tilbudet, det vil si at rådgiveren kan begynne å utforme sitt tilbud før de andre leverandørene.

For å vurdere om en rådgiver har fått et tidsmessig forsprang vil det være naturlig å ta utgangspunkt i omfanget og kompleksiteten på de forarbeidene som har blitt gjort sett i forhold til det forspranget leverandøren har fått.

Kravet til utjevning av rådgiverens tidsfordel ble behandlet i klagenemndas avgjørelse i *Didac AS*. I saken hadde selskapet Mintra AS i markedsføringsøyemed hatt en presentasjon av sine produkter for Aker Universitetssykehus. Mintra ga deretter et tilbud på et dataprogram for e-læring. Prisen på programmet var så høy at sykehuset måtte arrangere en anbudskonkurranse. Det primære spørsmålet i saken var om tilbudsfristen var for kort. Men klagenemnda uttalte også at Mintra hadde hatt lang tid til å forberede seg siden de hadde vært i dialog med sykehuset tidligere, og til og med utarbeidet et tilbud. Videre uttalte nemnda at oppdragsgiver ved utarbeidelse av tilbudsfristen må ta hensyn til en leverandørs forutgående kontakt med oppdragsgiver. Grunnen til det er at de øvrige leverandørene i størst mulig grad skal få mulighet til å hente inn forspranget. Nemnda gjorde dette under henvisning til likebehandlingsprinsippet i LOA § 5.<sup>175</sup> Avgjørelsen kan tjene som eksempel på en konkret situasjon, nemlig der hvor en leverandørs henvendelse og tilbud til oppdragsgiver iverksetter anskaffelsen.

En annen avgjørelse som også illustrerer en side av det tidsmessige forspranget en leverandør kan få er det danske Klagenævnets avgjørelse i *Danske arkitektvirksomheder*. I saken hadde to rådgivere vært støttespillere for leverandøren over en lengre periode. Klagenævnet konkluderte med at den forberedende rådgiveren var inhabil. Konklusjonen var blant annet basert på at rådgiverne hadde arbeidet tett med oppdragsgiver fra juni 2004 til november 2005, mens de øvrige leverandørene bare hadde hatt 6 uker fra kunngjøringen av konkurransen.<sup>176</sup> Avgjørelsen illustrerer at desto lenger de forberedende arbeidene har pågått jo vanskeligere er det for oppdragsgiver å avhjelpe denne informasjonsfordelen med å gi de andre leverandørene bedre tid.

For å fastsette tidsfristens lengde vil et naturlig utgangspunkt være direktivets artikkel 47 nr. 1. Etter denne skal oppdragsgiver ta hensyn til kontraktens kompleksitet og hvor lang tid leverandørene vil trenge for å utforme sine tilbud. I komplekse kontrakter bør leverandørene derfor gis noe mer tid enn i de helt enkle. Oppdragsgiver må her ta hensyn til hvor detaljert spesi-

---

<sup>175</sup> Sak 2003/286 (Didac AS) premiss 25.

<sup>176</sup> Danske KfU af 2. maj 2006 (Danske arkitektvirksomheder).

fikasjonene er, hvilke dokumentasjonskrav som stilles til virksomhetene og hvilken konkurranseform som er valgt.<sup>177</sup> Bestemmelsen gjelder generelt og uten hensyn til at det har vært noen rådgiver i planleggingen, den viser derfor bare halve bildet. I tillegg til anskaffelsens kompleksitet må leverandørene ta hensyn til rådgiverens forsprang. Der hvor rådgivningen har gitt en omfattende fordel i konkurransen må de andre leverandørene gis en frist som gir dem mulighet til å ta igjen forspranget. Helt utjevnet vil fordelene aldri bli. Grunnen til det er at rådgiveren også vil få den utvidede fristen og dermed mer tid til å forbedre sitt tilbud. En fullstendig utjevning er heller ikke nødvendig.<sup>178</sup> Forlengelse av tidsfrist må antakelig anses som mindre viktig, enn informasjonsutjevning. Det betyr selvfølgelig ikke at det ikke kan være konkurransevridende om fristen ikke utsettes.

Et spørsmål som oppstår i forlengelsen av dette er om det er adgang til å legge vekt på rådgiverens tidsbruk for å fastsette hvor mye fristen må utvides. Tidsbruken kan illustreres av antallet timer den rådgivende leverandøren har brukt i forberedelsene. Mye kan tale for at rådgiverhabiliteten kan repareres ved å utvide tilbudsfristen like mye. Dette kan for eksempel måles hvor rådgiveren er konsulent og har fakturert et antall timer for de forberedende arbeidene. I *Norconsult-dommen* hadde konsulenten brukt 970 timer på det forberedende arbeidet.<sup>179</sup> En slik angivelse vil likevel aldri bli mer enn et utgangspunkt. Leverandøren har i forberedelsen samarbeidet tettere med oppdragsgiver enn de andre leverandørene kan gjøre i den senere konkurransen. Dette kan tilsi at de andre leverandørene trenger mer tid enn det faktiske medgåtte timeantall for rådgiver. I motsatt retning trekker det at den rådgivende leverandøren faktisk må gjøre nybrottsarbeid, mens de øvrige leverandørene i stor grad kan forholde seg til det rådgiveren har kommet frem til. Hvor sentralt rådgiverens arbeid er for den senere anskaffelsen må også ha betydning for hvordan timeantallet fastsettes. Dersom rådgivningen er mer perifer behøver ikke den utvidede tidsfristen være veldig lang. I motsatt tilfelle hvor rådgivningen er sentral for anskaffelsen må leverandørene få mer tid. Denne usikkerheten viser at det er tvilsomt om antall medgåtte timer for rådgiveren bør tillegges alt for stor vekt i vurderingen av den ytterligere tidsfristen leverandøren bør få.

Selv om utsatte tidsfrister kan virke som et enkelt virkemiddel for å utjevne en rådgivers konkurransefordel vil det også være problemer knyttet til en gjennomføring av dette. Albert Sánchez Graells peker på det kan være vanskelig å anslå rådgiverens forsprang på en objektiv og nøyaktig måte. Dersom fristen feilaktig blir utvidet mer enn rådgiverens fordel skulle tilsi, vil dette kunne være i strid med likebehandlingsprinsippet. Rådgiverene som ikke har fått en konkurransefordel er i en sammenlignbar situasjon med de andre leverandørene og blir be-

---

<sup>177</sup> Steinicke (2008) s. 1014.

<sup>178</sup> T-345/03 (Evropaiki Dynamiki) premiss 73.

<sup>179</sup> LB-2010-201985 (Norconsult). Timeantallet kan selvfølgelig antas å fordeles på flere personer.

handlet forskjellig. Graells mener at denne usikkerheten er et argument for en restriktiv bruk av utjevningsmekanismen. For eksempel begrenset til der det er helt klart at rådgiveren må ha fått et forsprang på de andre leverandørene.<sup>180</sup> Usikkerheten med å anslå tidsbruk er også en helt annen enn for utjevning ved å gi partene mer informasjon. Ved å gi informasjon har man ofte et fysisk resultat å ta utgangspunkt i.

Det går likevel an å problematisere om en slik snever anvendelse av regelen er riktig. Dersom oppdragsgiver ikke utjevner rådgiverens urimelige konkurransefordel vil rådgiveren måtte avvises fra konkurransen. Dette er uheldig ut i fra et konkurranseperspektiv og tanken om at en bredest mulig deltakelse er et gode i offentlige anskaffelser. Rådgiverens tilbud kan meget vel være det beste tilbudet i konkurransen. Man bør derfor ikke la vanskeligheter med gjennomføringen være et argument mot å utjevne konkurransefordeler ved å gi mer tid. Ordlyden i direktivets artikkel 41 nr. 2 taler også i samme retning. Etter den avvises «tilbudsgiver [...] kun fra proceduren, når der ikke er andre måder at sikre overholdelse af forpligtelsen til at overholde princippet om likebehandling». Det tilsier at oppdragsgiveren må gå relativt langt i å prøve å utjevne rådgiverens konkurransefordel. Samtidig viser regelen til likebehandlingsprinsippet og dersom likebehandlingsprinsippet brytes overfor rådgiveren vil man være like langt.

For oppdragsgiver er det krevende å respektere likebehandlingsprinsippet i flere retninger. Innenfor oppdragsgivers skjønn handler det om å finne et balansepunkt hvor hverken rådgiver eller de øvrige leverandørene krenkes. For fastsettelse av tidsfrist tenker jeg likevel at det vil være mindre sannsynlig å krenke rådgiverens rettigheter ved å gi bedre tid, mens for utjevning ved å gi supplerende informasjonen blir balanseringen ikke helt den samme.

#### *3.4.4.2 Tidspunktet for dialogen*

Når i anskaffelsesprosedyren dialogen skjer vil også kunne ha betydning for vurderingen av om rådgiveren har fått en urimelig konkurransefordel. Planleggingsfasen kan i praksis strekke seg over en lenger tidsperiode, i ytterste fall over flere år. Dialogen kan også strekke ut i konkurransefasen. Dersom den skjer samtidig som, eller like før oppdragsgiver utformer konkurransegrunnlaget er det mer sannsynlig at det kan påvirke konkurransen. Om dialogen derimot skjer lenge før selve anbudskonkurransen vil kunne være et argument for at det ikke har påvirket utformingen av konkurransegrunnlaget.

At tidspunktet for dialogen er et relevant moment, kan utledes blant annet av lagmannsrettens avgjørelse i *Norconsult-dommen*. I saken fremgikk det at «arten og omfanget av det aktuelle

---

<sup>180</sup> Graells (2011) s. 307-308.

arbeidet [må] tas i betraktning, samt også tidspunktet for utførelsen». I saken ble over halvparten av arbeidet utført etter tilbudsutlysningen. Lagmannsretten uttalte at

«det framstår som en uheldig praksis at en rådgiver som er aktuell som tilbyder, engasjeres til oppdrag som utføres i tid tett opp mot konkurranseperioden og endog inn i denne. [...] Lagmannsretten mener likevel at tidsmessig sammenfall ikke i seg selv kan medføre utelukkelse fra konkurransen, med mindre det er holdepunkter for at vedkommende rådgiver ved dette har tilegnet seg en særfordel.»<sup>181</sup>

Dersom resultatet av den rådgivende leverandørens arbeid er tett knyttet til konkurransegrunnlaget, vil nok dette føre til at rådgiverens arbeid kan vri konkurransen, også hvor rådgivningen har skjedd lang tid før selve anbudskonkurransen. Det viser at tidspunktet for rådgivningen antakelig er underordnet kunnskapsfordeler. Det betyr likevel ikke at momentet ikke har betydning i vurderingen.

### 3.4.5 Forhold ved markedet / partene

#### 3.4.5.1 *Hvor vanskelig det er å finne uavhengige rådgivere*

Dette momentet knytter seg for så vidt ikke til leverandøren eller rådgiveren selv, men til markedet for det som skal anskaffes. Dersom det er vanskelig å finne uavhengige rådgivere i markedet kan det gjøre prosessen vanskeligere, mindre effektiv og i verste fall gjøre det umulig for oppdragsgiver å gjennomføre anskaffelsen. Dette blir brukt som et argument for at det skal mer til for å konstatere at rådgiverens fordel er konkurransevridende.<sup>182</sup> I likebehandlingsprinsippets forstand er leverandørene i en sammenlignbar situasjon, men hvor vanskelig det er å finne uavhengige rådgivere utgjør en objektiv begrunnelse for å forskjellsbehandle.<sup>183</sup>

Klagnemndas avgjørelse i *Lom Biovarme* illustrerer dette vurderingsmomentet. Saken ble vurdert etter den forvaltningsrettslige habilitetsregelen i FOA § 3-7, men uttalelsene om markedet har likevel overføringsverdi. En konsulent hadde utformet konkurransegrunnlaget for oppdragsgiver samt foretatt evalueringen av konkurransen. Den samme konsulenten hadde vært involvert 11 av 16 byggeprosjekter som valgte leverandør hadde utført de senere årene og var også involvert i to pågående prosjekter. Nemnda fant at så lenge forholdet mellom partene utelukkende var av en profesjonell art, ville det ikke utgjøre brudd på habilitetsreglene. Begrunnelsen var at biobransjen i Norge er svært liten og spesialisert og det er få konsulenter med tilstrekkelig fagkunnskap.<sup>184</sup>

---

<sup>181</sup> LB-2010-201985 (Norconsult).

<sup>182</sup> Dragsten (2010) s. 60.

<sup>183</sup> Sml. sak C-234/03 (Contse) beskrevet i avsnitt 2.2.4 over.

<sup>184</sup> Sak 2013/26 (Lom Biovarme) premiss 71-72.



Antall leverandører som trengs for å sikre konkurranse er et interessant spørsmål i den forbindelse. Dersom antallet leverandører i markedet uansett er stort nok til at konkurranse blir sikret, vil argumentet om behov for uavhengige rådgivere svekkes. Derfor er det viktig å avgjøre hvor mange leverandører som trengs for å sikre konkurranse om anskaffelsen. Her kan det trekkes paralleller til prekvalifiseringen i begrensede anbudskonkurranser og konkurranse med forhandling. Et poeng må være å ha nok leverandører til at det faktisk blir levert inn et tilbud.<sup>185</sup> Det er litt utenfor avhandlingens tema å gå noe nærmere inn på spørsmålet.

Et problem som lett kan oppstå i små markeder er at oppdragsgiverne blir redde for å knytte til seg en bestemt rådgiver i frykt for at dette gjør at rådgiveren ikke kan delta i den senere konkurransen. Det er derfor viktig å ikke praktisere likebehandlingsprinsippet så strengt at det offentlige i praksis blir avskåret fra å søke bistand fra personer med tilknytning til et marked eller fagmiljø i tilknytning til en anskaffelse.<sup>186</sup>

Tilsvarende kan det være at leverandører unngår å yte tjenester i planleggingsfasen fordi de er redde for at det skal utelukke dem fra den senere anskaffelsen. Kontrakten konkurransen gjelder er ofte omfattende og mer lønnsom enn rådgivende arbeid i planleggingsfasen. Effektivitetshensyn kan tilsi at man i slike tilfeller bør tolke likebehandlingsprinsippet innskrenkende. Det vil i så fall innebære at man tillater mer samarbeid mellom oppdragsgiver og rådgiveren uten at det vil gjøre at rådgiveren må avvises som følge av en urimelig konkurransefordel.<sup>187</sup>

På den annen side bør man være forsiktig med å fravike kravet til likebehandling i disse situasjonene. Kravet til likebehandling følger av selve hovedformålet med anskaffelsesdirektivet.<sup>188</sup> Oppdragsgiver må derfor strekke seg langt for ikke å bryte med dette. Dersom oppdragsgiver skal legge vekt på hvor vanskelig det er å finne uavhengige rådgivere må det begrenses til helt spesielle tilfeller.

#### 3.4.5.2 Konkurranses grunnlagets utforming

Hvordan konkurransegrunnlaget er utformet vil også kunne ha betydning i vurderingen av om rådgivers deltakelse har vridd konkurransen. Hvis konkurransegrunnlaget er utformet slik at det lett kan oppfylles av de fleste eller alle aktørene i markedet, vil det tale for at rådgivningen ikke har gitt noen konkurransefordel. Se blant annet klagenemndas sak i *Vista Analyse*. Nemnda uttalte der at konkurransegrunnlaget var av generell karakter og fremsto ikke som

---

<sup>185</sup> Se blant annet anskaffelsesdirektivets artikkel 65 nr. 2 EU-domstolens sak C-138/08 (Hochtief AG) premiss 45 flg. og Arrowsmith (2014) s. 986-987.

<sup>186</sup> LB-2010-201985 (Norconsult) og Graver (2005) s. 463.

<sup>187</sup> Dragsten (2010) s. 60.

<sup>188</sup> Sak C-21/03 (Fabricom) premiss 26.

vanskelig å oppfylle for andre selskap. Nemnda mente at det i disse tilfellene ville ha formodningen mot seg at rådgiveren hadde fått en konkurransefordel i et slikt tilfelle.<sup>189</sup>

Dette momentet bør likevel ikke tillegges for stor vekt. Det tar overhodet ikke hensyn til den informasjon rådgiveren har fått. Selv om konkurransegrunnlaget kan fremstå som enkelt å oppfylle, kan rådgiveren ha fått informasjon som muliggjør tilbud som er langt bedre enn minimumskravene. Oppdragsgiver bør derfor ikke avgjøre konkurransevidningsspørsmålet ut i fra dette momentet alene. Det bør alltid følges av en vurdering av kunnskapsfordelen rådgiveren kan ha fått. Momentet er etter min mening derfor av subsidiær karakter. Å la konkurransegrunnlagets utforming være avgjørende bør begrenses til helt enkle anskaffelser.

Et annet spørsmål her er hvilken mulighet oppdragsgiver har til å spesifisere gjenstanden ut i fra objektive kriterier. Hvis det uansett er vanskelig, vil det kunne ha betydning for vurderingen av markedsdialogen.<sup>190</sup>

#### 3.4.5.3 *Partenes intensjon*

Partenes intensjon dreier seg om oppdragsgiver og den aktuelle leverandørens subjektive forståelse av den rådgivningen som har blitt gitt. Dette er et problem hvor oppdragsgiveren bevisst lar rådgiveren utforme konkurransegrunnlaget på en fordelaktig måte slik at den leverandøren er bedre skikket til å få kontrakten. Dersom oppdragsgivers intensjon faktisk er å sørge for tildeling til en bestemt leverandør vil dette være i strid med likebehandlingsprinsippet.

Ifølge Treumer vil dette vil være aktuelt også i de tilfellene hvor rådgivningen faktisk ikke har påvirket konkurransen, eksempelvis hvor leverandøren ville vært best kvalifisert, uavhengig av partenes handlinger. Dette vil i de fleste tilfeller være umulig å bevise så eksempelet blir litt hypotetisk. Treumer begrunner dette med den generelle likebehandlingsregelen som i dag finnes i direktivets artikkel 18 nr. 1. Oppdragsgiver har etter denne regelen en plikt til å sørge for leverandørene ikke forskjellsbehandles. Forsettlig forskjellsbehandling vil ifølge Treumer alltid utgjøre forskjellsbehandling fordi det er i strid med likebehandlingsprinsippet.<sup>191</sup>

Steinicke og Groesmeyer kategoriserer oppdragsgivers intensjon som et sekundært forhold i vurderingen av rådgiverhabilitet. I dette legger de at det har mindre betydning enn de øvrige momentene.<sup>192</sup> Dersom det kan bevises noe omkring oppdragsgivers intensjon taler de beste

---

<sup>189</sup> Sak 2013/20 (Sintef) premiss 29.

<sup>190</sup> Steinicke (2008) s. 408.

<sup>191</sup> Treumer (2000) s. 129.

<sup>192</sup> Steinicke (2008) s. 417.

grunner for at det vil være et moment som må tillegges vekt. Det er derimot sjelden dette kommer på spissen. En grunn til det kan være at det er vanskelig å bevise noe konkret om partenens intensjon.

Spørsmålet blir videre om det kan stilles som vilkår for å utelukke rådgiveren at partenens intensjon var å omgå anskaffelsesreglene. En slik subjektiv anvendelse av reglene vil kanskje ha noe for seg med en streng forståelse av likebehandlingsprinsippet. Her vil tanken være at de som har hatt de samme intensjonene bør behandles likt. På den annen side vil en slik forståelse lett kunne svekke habilitetsregelens rekkevidde fordi det som nevnt er svært vanskelig å dokumentere at partenens hensikt var å omgå reglene. Dette vil igjen svekke likebehandlingsprinsippet. Det fremstår derfor som ganske klart at det ikke bør være noe krav til partenens intensjoner for å kunne avvise en leverandør på grunn av oppnådd konkurransefordel.<sup>193</sup>

Dette blir også bekreftet av klagenemnda *Media Farm-saken*. Nemnda uttalte at det var «irrelevant hvorvidt konsulenten faktisk opptrådte partisk eller ikke ved evalueringen».<sup>194</sup> Saken viser at det ikke er nødvendig at partenens intensjon er å opptre konkurransevridende. Det betyr ikke at det ikke er et relevant moment i de sakene det er mulig å konstatere at partenens intensjon bak rådgivningen er å omgå anskaffelsesreglene.

Et annet spørsmål er om partenens intensjon kan brukes i motsatt retning, altså om partenens gode tro fritar dem for ansvar. Et typisk eksempel er der hvor oppdragsgiver aktivt prøver å legge til rette for at regelen ikke skal brytes. Han har for eksempel vært avholden i bruken av rådgivere, samtidig som han har forsøkt å utjevne konkurransefordelen ved å gi informasjon til de øvrige leverandørene. At oppdragsgiver således har vært i god tro kan uansett ikke være tilstrekkelig hvor det foreligger en omfattende konkurransevridning. Det klareste argument mot å legge vekt på oppdragsgivers gode tro i vurderingen er at det ikke fjerner de skadelige effektene rådgiverens deltakelse skaper for konkurransen.<sup>195</sup>

I praksis kan det likevel synes som om oppdragsgiveres gode tro tillegges vekt uten at det nevnes eksplisitt i avgjørelsene. Dette gjelder særlig i saker hvor spørsmålet om konkurransevridning er mer tvilsomt. Det er selvfølgelig vanskelig konkret å fastslå partenens intensjon. Den beste indikasjonen på dette får man ved å se på om de har forsøkt å utjevne konkurransefordeler. Det faktum at partene gjennomfører tildeling etter å ha forsøkt å utjevne konkurransefordeler, kan tilsi at de har handlet i god tro.

---

<sup>193</sup> Treumer (1999) s. 159.

<sup>194</sup> Sak 2003/86 (Media Farm).

<sup>195</sup> Treumer (2007) s. 111.

I saker hvor oppdragsgiver har forsøkt å utjevne konkurransefordelene blir det sjeldnere konstatert brudd på regelverket.<sup>196</sup> Grunnen til at klagenemnda legger vekt på forsøk på å utjevne kan tenkes å ha sammenheng med at det er vanskelig å fastlegge den nøyaktige grensen for når rådgivningen har gitt leverandøren en konkurransefordel. Derfor ser klagenemnda på det som faktisk er gjort i saken og det er enkelt å konstatere om oppdragsgiver har forsøkt å utjevne eller ikke. Klagenemndas avgjørelse i *BTV-innkjøp* er et eksempel i motsatt retning hvor oppdragsgiver forsøkte å utjevne, men klagenemnda fant at utjevningen ikke var tilstrekkelig.<sup>197</sup> Dette kan tilsa at man bør være forsiktig med å bruke forsøk på utjevning for å si noe om partenes intensjon.

### **3.5 Oppdragsgivers plikter etter likebehandlingsprinsippet**

#### **3.5.1 Innledning**

Formålet med dette kapitlet er å undersøke om oppdragsgiver i forbindelse med dialog med markedet i planleggingsfasen har noen plikter som følge av likebehandlingsprinsippet. Dette for å illustrere hvordan likebehandlingsprinsippet blir brukt, særlig om det er regulert i direktivet eller som selvstendig rettslig grunnlag.

#### **3.5.2 Plikt til å gjennomføre markedsdialog?**

Etter anskaffelsesdirektivets artikkel 40 er det klart at oppdragsgiver *kan* gjennomføre markedsdialog. Bestemmelsen ilegger samtidig ikke oppdragsgiver noen plikt til å gjennomføre en slik dialog. For at oppdragsgiver skal kunne utarbeide et konkurransegrunnlag som i tilstrekkelig grad ivaretar likebehandlingsprinsippet kan det i enkelte tilfeller være nødvendig å gjennomføre dialog med markedet. Spørsmålet er om det med grunnlag i likebehandlingsprinsippet kan kreves at oppdragsgiver gjennomfører dialog med markedet i planleggingen av anskaffelsen.

Det første argumentet *mot* at oppdragsgiver har en plikt til å gjennomføre markedsdialog er oppdragsgivers frihet til å organisere anskaffelsen som han ønsker. Denne friheten er likevel begrenset av likebehandlingsprinsippet. Et annet argument *mot* er at det er usikkert hvorvidt dialogen vil føre til noen bedring av konkurranseforholdene.

Det er også gode argumenter *for* at oppdragsgiver plikter å gjennomføre markedsdialog. For det første vil markedsdialog kunne gjøre at oppdragsgiver utformer kravspesifikasjonene på en forsvarlig måte og dermed unngår å bryte med likebehandlingsprinsippet. For det andre vil bruk av rådgivere i enkelte situasjoner være nødvendig for å gjennomføre en anskaffelsespro-

---

<sup>196</sup> Jf. Sak 2011/302 premiss 72-73, sak 2009/274 premiss 37, sak 2008/42 premiss 34-35, sak 2008/16 premiss 61-62.

<sup>197</sup> Jf. Sak. 2012/144 (BTV innkjøp) premiss 44-46.

sess som gir en gunstig bruk av samfunnets ressurser. Et typisk tilfelle er der hvor oppdragsgiver selv ikke har noe kjennskap til den ytelsen som skal anskaffes. Oppdragsgiver vil da måtte kontakte en rådgiver for å sikre at spesifikasjonene ikke blir utformet på en konkurransevridende måte.

Uhrskov Christensen mener at oppdragsgiver har en plikt til å gjennomføre markedsdialog.<sup>198</sup> Begrunnelsen hentes blant annet i *Evropaïki Dynamiki-saken* fra Underretten. Underretten uttalte at oppdragsgiver kunne få en plikt til å utjevne eksisterende leverandørs konkurransefordel, dette ville nødvendiggjøre ytterligere kunnskap om de andre leverandørene og markedet. I tillegg ville det antakelig skape behov for hjelp fra en rådgiver.<sup>199</sup> I *Nethleas-saken* går det danske Klagenævnet for Udbud lenger i å etablere en plikt til å gjennomføre markedsdialog. Ifølge Klagenævnet må oppdragsgiver sørge for at det utarbeides et tilstrekkelig og forsvarlig teknisk grunnlag.<sup>200</sup>

Etter min mening strekker Uhrskov Christensen betydningen av *Evropaïki-Dynamiki-saken* litt langt. Underretten sier ikke noe om markedsdialog og det er uheldig å basere en såpass omfattende plikt på antagelser av den typen. *Nethleas-saken* er klarere, men vekten av en slik uttalelse er likevel begrenset.<sup>201</sup>

Det er usikkert om likebehandlingsprinsippet gir oppdragsgiver en plikt til å gjennomføre dialog med markedet. Men i enkelte situasjoner, særlig der hvor oppdragsgiver har svært liten kjennskap til det som skal anskaffes, er det ikke usannsynlig at det er en slik plikt.

### 3.5.3 Utjevning av rådgiverens fordel

#### 3.5.3.1 Innledning – Generelt om utjevning av konkurransefordeler

Avhjelpende tiltak er noe oppdragsgiver kan iverksette for å sørge for at rådgivere kan delta i den senere anbudskonkurransen. I tråd med *Fabricom-dommen* vil en regel som krever automatisk avvisning av rådgiveren, ikke være i tråd med likebehandlingsprinsippet. Når oppdragsgiver ikke automatisk kan avvise, må det foretas en konkret vurdering av den rådgivende leverandørens situasjon. I vurderingen må oppdragsgiver sørge for at leverandørene får like muligheter ved utforming av sine tilbud.<sup>202</sup>

---

<sup>198</sup> Christensen (2011) s. 26-27.

<sup>199</sup> Sak T-345/03 (*Evropaïki Dynamiki*) premiss 76.

<sup>200</sup> Danske KfU 8. desember 2006 (*Nethleas*).

<sup>201</sup> Uhrskov Christensen representerte selv oppdragsgiver i *Nethleas-saken*.

<sup>202</sup> Sak C-21/03 (*Fabricom*) premiss 29.

Det rettslige grunnlaget for at oppdragsgiver må utjevne leverandørens fordeler er nå eksplisitt angitt i direktivets artikkel 41 nr. 2. Denne lister som nevnt opp to måter å utjevne konkurransefordelen. Enten ved å gi de andre leverandørene mer informasjon, eller ved å gi lengre frister i konkurransen. Disse er nærmere omtalt over i avsnitt 3.4.3.4 og 3.4.4.1 fordi de også er sentrale ved vurderingen av om rådgiverens deltakelse har vridd konkurransen. Utjevnings tiltakene skal som nevnt behandles som en del av helhetsvurderingen om rådgivningen har vært konkurransevridende. Når jeg har valgt å dele opp behandlingen av utjevningstiltakene, er det for å synliggjøre betydningen av likebehandlingsprinsippet.<sup>203</sup>

Arrowsmith mener at kravet til utjevning kun er en eksplisitt regulering av et krav som uansett følger av direktivets grunnleggende prinsipper.<sup>204</sup> Det har for så vidt ingen betydning hvor kravet kommer fra, men det er antakelig enklere for partene i en anskaffelsesprosedyre å forholde seg til når det er angitt eksplisitt i direktivet.

Et viktig poeng er at kravet etter direktivet bare gjelder rådgivning som er utført, jf. uttrykket «har rådgivet».<sup>205</sup> Det vil si at bestemmelsen ikke krever at oppdragsgiver gjennomfører utjevningstiltak før rådgivningen er utført, selv om slike også kunne tenkes å bidra til at konkurransen ikke blir vridd. Om dette er tilsiktet fra lovgiver vites ikke, men ettersom utjevningsplikten som nevnt er meget vidtrekkende,<sup>206</sup> kan det tilsi at begrensningen ikke er tilsiktet. Forutsatt at det ikke er tilsiktet, kan oppdragsgiver uansett få en plikt til å utjevne med tiltak som iverksettes før rådgivningen er gjennomført. Da med likebehandlingsprinsippet som selvstendig rettslig grunnlag. Dette gjelder flere av utjevningsmekanismene som blir presentert i dette underkapittelet, herunder utskifting av personale hos leverandør, valg av konkurranseform og RFI.<sup>207</sup>

Det er viktig å presisere at listen over utjevningstiltak ikke er uttømmende. Det følger av ordlyden i direktivet.<sup>208</sup> Det er da for så vidt opp til oppdragsgivers fantasi å finne måter konkurransen kan utjevnes på. Forbigåtte leverandører kan bruke brudd på utjevningsplikten som argument for at rådgiverens deltakelse var konkurransevridende. I tillegg kan rådgivende leverandør som står i fare for å bli avvist ha nytte av å finne måter konkurransefordelen kan

---

<sup>203</sup> Se også underkapittel 3.5.3 og kapittel 2.4.

<sup>204</sup> Arrowsmith (2014) s. 654.

<sup>205</sup> Jf. artikkel 41 nr. 1.

<sup>206</sup> Se kapittel 2.4.

<sup>207</sup> Mer om oppdragsgivers plikt til å benytte disse utjevningstiltakene i avsnitt 3.5.3.4 under.

<sup>208</sup> Direktivets artikkel 41 nr. 2 hvor det følger at «[s]ådanne foranstaltninger omfatter», det fremgår kanskje enda klarere av den engelske ordlyden hvor «such measures shall include».

utjevnes på. Dette viser at utjevningstiltakene er aktuelt for alle partene i anskaffelsesprosessen.

### 3.5.3.2 *Utskifting av personale hos leverandør*

Reglene om forutgående dialog med markedet er rettet mot hele virksomheten og ikke bestemte personer. Utgangspunktet i anskaffelsesretten er at dersom man konstaterer at en rådgiver har fått en urimelig konkurransefordel vil det omfatte hele virksomheten. Grunnen til det er at det er virksomheten som får konkurransefordelen, ikke den enkelte ansatte. Men hva skjer i tilfeller der leverandøren lar være å benytte seg av informasjonen rådgiveren har fått i planleggingen? Dette vil jo gjøre at leverandøren som sådan ikke lenger har fått noen konkurransefordel og bør derfor helt uten problem kunne delta i konkurransen. Dette er en enkel og ryddig løsning i teorien, men vanskeligere å gjennomføre i praksis. Blant annet på grunn av faren for omgåelse. Dersom slike ordninger skal brukes må det stilles strenge krav til gjennomføringen. Rent praktisk kan det gjennomføres ved at oppdragsgiver adskiller deler av virksomheten, enten den som jobber som rådgiver eller den delen som leverer inn tilbud, fra resten av virksomheten. Metoden er mye brukt i finansbransjen, spesielt i forbindelse med børssensitiv informasjon og innsidehandel. Ordninger er da gjerne omtalt som såkalte «Chinese Walls».<sup>209</sup>

Fordi det er leverandøren som må gjennomføre tiltakene, vil utskifting av personale hos leverandøren ikke passe helt inn under overskriften på kapittel 3.5 - Oppdragsgivers plikter etter likebehandlingsprinsippet. Som allerede nevnt er det oppdragsgiver som er pliktsubjekt etter likebehandlingsprinsippet, ikke leverandørene. Det finnes likevel grunner til å plassere temaet her. Det er mulig for oppdragsgiver å påvirke leverandørene til å benytte seg av denne typen virkemidler. Der hvor oppdragsgiver forstår at kontakten med en konsulent vil være konkurransevidende, kan han stille det som et vilkår for videre samarbeid at slike innretninger opprettes.<sup>210</sup> Det vil for eksempel være aktuelt der hvor oppdragsgiveren ønsker at rådgiverens firma skal delta i den senere anskaffelsen. Et siste argument for plasseringen er at det er oppdragsgiver som faktisk er ansvarlig for anskaffelsesprosedyren, herunder at konkurransefordeler utjevnes. Derfor vil det også være naturlig at oppdragsgiver har en rolle i utformingen av slike virkemidler.

Forslaget om å bruke «Chinese Walls» for å motvirke urimelige konkurransefordeler for rådgivere er ikke foreslått som et avhjelpende tiltak i de nye anskaffelsesdirektivene og spørsmå-

---

<sup>209</sup> Priess (2002) s. 167.

<sup>210</sup> Christensen (2011) s. 55 omtaler bruken av slike avtaler.

let har heller ikke vært oppe i EU-domstolen.<sup>211</sup> Det er heller ikke nevnt i de norske anskaffelsesreglene, eller i forarbeidene til disse. Spørsmålet er også i begrenset grad behandlet i norsk juridisk teori. Det er omtalt i dansk og internasjonal litteratur på området. Selv om det ikke er noe konkret rettslig grunnlag for å benytte seg av «Chinese walls» betyr ikke det at spørsmålet er upraktisk. At det ikke er behandlet av domstolene behøver heller ikke bety at ordningen ikke brukes. Spørsmålet blir derfor først om «Chinese Walls» kan brukes for å utjevne en rådgivers konkurransefordel. Deretter er det nødvendig å vurdere hvilke krav som må stilles til bruk av en slik ordning.

Et første argument *for* en slik løsning er at EU-lovgiver i det nye direktivet i vid utstrekning har åpnet opp for utjevning av konkurransefordeler. Det følger også av direktivet at de nevnte avhjelpende tiltak ikke er uttømmende jf. uttrykket «sådanne foranstaltninger omfatter».<sup>212</sup> Et annet argument er at det heller ikke i tiltakene som lovgiver har listet opp vil være mulig å utelukke risikoen for misbruk fullstendig. Dette tilsier at også andre tiltak hvor virkningen er usikker, slik som for Chinese Walls, bør kunne tillates. Bruk av Chinese Walls vil kunne være særlig positivt i markeder hvor det er få og store aktører, og det vil være fordelaktig for konkurransen at flest mulig deltar.<sup>213</sup> Samtidig vil det være nyttig hvor et større konsulentfirma er den klart beste leverandøren av både rådgivningstjenesten og selve ytelsen som skal anskaffes. Dette er positivt for konkurransen fordi konsulentfirmaet ofte hadde valgt selve anskaffelsen dersom det måtte velge. Det kommer av at selve anskaffelsen som regel vil være mye større i omfang og verdi. Chinese Walls gjør i disse tilfellene at oppdragsgiver både får kvalifiserte råd og en god kontraktspart i selve anskaffelsen.

Det finnes selvfølgelig også argumenter *mot* utskifting av personale hos leverandøren som et virkemiddel. Et første argument mot en slik løsning vil være at det slett ikke er sikkert at opprettelsen av «Chinese Walls» vil fjerne interessekonflikten internt hos den rådgivende leverandør. Det vil fremdeles være en betydelig risiko for at de ansatte hos leverandøren omgår systemet og misbruker den informasjonen de har fått gjennom rådgivningen. Dette kan skje selv om selskapets ledelse overholder isoleringen. De ansatte har uansett en personlig interesse i at selskapet de jobber i vinner anbudet, uavhengig av om de jobber i den avdelingen som skal oppfylle kontrakten eller ikke.<sup>214</sup> Et annet argument i mot er at finansmarkedsretten, hvor ordningen praktiseres, er mer detaljregulert enn reglene om offentlige anskaffelser. Anskaffelsesreglene har på en del områder mer karakter av å være rammelovgivning. Et neste argument i mot er at bruken av «Chinese Walls» i finansbransjen er for å skille mellom klart angitte

---

<sup>211</sup> Steinicke (2008) s. 421.

<sup>212</sup> Artikkel 41 nr. 2.

<sup>213</sup> Møller (2009) s. 41.

<sup>214</sup> Treumer (2000) s. 132.



avdelinger i selskapet, typisk en corporateavdeling og en analyseavdeling.<sup>215</sup> De typiske rådgiverne i en anskaffelsesprosess er ingeniører i store konsultentselskaper og skillene mellom avdelingene er her ikke like tydelige. Det er antakelig også mer samarbeid på tvers av disse avdelingene enn i den nøye regulerte finansbransjen.

På tross av disse innvendingene bør «Chinese Walls» antakelig tillates som utjevnende virkemiddel. Den sterke ordlyden i det nye direktivet er det avgjørende argumentet for denne forståelsen. Det er likevel kun i begrensede tilfeller det vil passe å bruke dette som virkemiddel for å utjevne en rådgivers konkurransefordel. Spørsmålet er derfor når Chinese Walls egner seg som virkemiddel. I tillegg er det et spørsmål om hvordan en slik ordning skal praktiseres for å sikre at likebehandlingsprinsippet ivaretas.

«Chinese Walls» vil trolig være vanskelig å bruke på en vellykket måte i mindre selskaper. Her vil tilknytningen mellom de ansatte være for sterk, og arbeidsforholdene små slik at det blir vanskelig eller umulig å gjennomføre uten å bryte med likebehandlingsprinsippet. Men det kan samtidig variere med anskaffelsens og rådgivningens størrelse. Med et svært lite rådgiveroppdrag kan «Chinese Walls» kanskje også brukes i helt små virksomheter. Dette fordi rådgiverens befatning med materialet er så liten at han enkelt kan isoleres fra de øvrige, i hvert fall til endelig tilbud er innlevert.

Utskiftning av personale kan ikke nødvendigvis brukes som avhjelpende tiltak ved alle de forskjellige årsakene til inhabilitet. Utskiftning vil være mest nyttig som virkemiddel hvor leverandøren har fått en informasjonsfordel av rådgivningen. Dette personlige bånd mellom oppdragsgiver og leverandør vil antakelig ikke kunne elimineres ved utskiftning av personale hos leverandøren. Oppdragsgiver vil fremdeles se positivt på bedriften han har fått en god relasjon til.

I de tilfellene hvor leverandøren allerede har utført rådgivningen uten å isolere seg fra resten av selskapet, vil det ikke være mulig å bruke slik utskifting. Det kan altså ikke brukes som brannslukking, men må iverksettes på forhånd. På personnivå er det selvfølgelig ikke mulig å bruke «Chinese Walls» som virkemiddel. Dersom oppdragsgiver ønsker at en bestemt person skal delta i konkurransen må han selv sørge for å ikke gi den rådgiveren en urimelig konkurransefordel som ikke kan utjevnes på andre måter.

Dersom leverandøren bestemmer seg for å adskille en enkeltperson, eller et fåtall personer for å yte rådgivning må dette skje under et nøye kontrollert regime for ikke å være i strid med

---

<sup>215</sup> Christiansen (2002) s. 3.

likebehandlingsprinsippet. Oppdragsgiver må sørge for en så klar og sikker adskillelse som mulig. Dette kan for eksempel gjøres ved at det utformes en skriftlig avtale med virksomheten om utlån og en skriftlig avtale med eksperten. Avtalen bør også inneholde taushets og lojalitetserklæringer. I tillegg kan det være lurt fysisk å plassere rådgiveren hos oppdragsgiver.<sup>216</sup> Det er vanskelig å gjennomføre denne typen ordninger og risikoen for å bryte med likebehandlingsprinsippet er stor, selv om formålet er å ivareta likebehandlingsprinsippet. Derfor vil det antakelig kreve klare beviser for at ordningen er forsvarlig gjennomført dersom den skal godkjennes av klagenemnda eller domstolene.<sup>217</sup>

Avgjørende for om ordninger med Chinese Walls vil fungere er likevel holdningene internt hos den rådgivende leverandøren. Formelle retningslinjer og fysisk oppdeling av virksomheten er ikke i seg selv tilstrekkelig til å hindre informasjonsflyt i foretaket. Ordningen må uansett respekteres og overholdes av de ansatte hos leverandøren.

### 3.5.3.3 *Utskifting av personale hos oppdragsgiver*

I forrige avsnitt var fokus på utskifting av personale hos leverandøren. Utskifting hos oppdragsgiver vil nok primært kunne benyttes for å avhjelpe ordinær forvaltningsrettslig habilitet. Et skifte av person som gjennomfører anskaffelsesprosessen hos oppdragsgiver kan erstatte en inhabil innkjøper med en som ikke har samme tilknytning til leverandøren. Dette er den klassiske tilnærmingen for å avhjelpe forvaltningsrettslig habilitet.<sup>218</sup> Et personsifte hos oppdragsgiver kan tenkes å avhjelpe en del av problematikken knyttet til rådgiveres konkurransefordeler. Et eksempel er saker hvor rådgivningen ikke har resultert i konkret informasjons- overgang, men heller tettere bånd mellom partene.

Situasjoner med bånd mellom oppdragsgiver og leverandør skal egentlig ikke være noe problem. Hele anbudsinstituttet er til for å sikre effektiv, riktig og rettferdig utvelgelse av det beste tilbudet. Tildelingskriteriene skal utformes slik at de ikke gir oppdragsgiver et ubegrenset fritt skjønn.<sup>219</sup> Det er likevel vanskelig å gjennomføre fullt ut, og oppdragsgiver får i mange tilfeller mulighet til å utøve skjønn. Det vil da være enklere å velge en leverandør man har knyttet kontakt med i en rådgivningsfase enn en ukjent leverandør. Så lenge valget er faglig begrunnet vil det kanskje ikke være så farlig, men problemet oppstår når representanten hos oppdragsgiver tar utenomfaglige hensyn. Faren for dette tilsier at utbytting av personale

---

<sup>216</sup> Christensen (2011) s. 55-56.

<sup>217</sup> Steinicke (2008) s. 416.

<sup>218</sup> Jf. fvl. § 9 etter FOA § 3-7 gjelder habilitetsreglene i forvaltningsloven direkte for alle anskaffelser etter forskriften, også der hvor forvaltningsloven ellers ikke kommer til anvendelse.

<sup>219</sup> Sak C-513/99 (Concordia Bus Finland) premiss 61.

hos oppdragsgiver også kan være et nyttig virkemiddel for å avhjelpe urimelige konkurransefordeler som følge av markedsdialog.

Problemet med tette bånd mellom rådgiver og oppdragsgiver vil kunne løses ved at oppdragsgiver sørger for at de ansatte som har fått for tette bånd til leverandøren ikke deltar i evalueringen av tilbudene. Denne konkurransefordelen vil ikke kunne løses med et personskifte hos leverandøren fordi rådgivningen allerede er gjennomført. Det spesielle båndet er allerede opprettet og oppdragsgiver vil kunne ta hensyn til det selv om rådgiverens representant byttes ut. Heller ikke kunnskapsoverføring eller utsatte tidsfrister vil kunne løse dette problemet.<sup>220</sup> For å sikre at likebehandlingsprinsippet blir ivaretatt, bør oppdragsgiver derfor benytte seg av utskifting av ansvarlig personale. Samtidig er det ikke sikkert at en slik utskifting vil hjelpe. Noen av de samme argumentene som for utskifting hos leverandøren gjør seg gjeldene. I et mindre offentlig organ vil de ansatte gjerne ha tett kontakt, og bånd til en rådgiver rammer kanskje hele organet. Likevel er det enklere å fjerne enkeltpersoner for å utjevne personlige bånd mellom partene enn å utjevne konkurransefordeler hvor rådgiver har fått for mye informasjon.

#### *3.5.3.4 Andre utjevningsmekanismer?*

Spørsmålet i det følgende er om det kan tenkes andre mekanismer for å forhindre konkurransevriddning og brudd med likebehandlingsprinsippet. En første mekanisme er at oppdragsgiver velger konkurransebaserte anskaffelsesprosedyrer som konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog. Dette kan gjøre behovet for dialog om sentrale tema mindre og dermed redusere risikoen for konkurransevriddning. Adgangen til bruk av disse er som nevnt utvidet med det nye direktivet.<sup>221</sup>

En annen måte oppdragsgiver kan forhindre konkurransevriddning er ved å gjennomføre dialogen på en bestemt måte. For eksempel ved å sende ut en såkalt Request for Information (RFI). Dette er en vanlig metode for å samle informasjon i private anskaffelsesprosesser, men er også noe brukt i offentlige anskaffelser. Typisk bruk er som en første generell markedshenvendelse, den kan for eksempel publiseres offentlig. Markedsaktørene kommer da med sine svar og forslag til løsninger. Oppdragsgiveres bruk av RFI kjennetegnes ved at alle markedsaktørene får det samme spørsmålet og avgir sine svar skriftlig.<sup>222</sup> Dette begrenser muligheten for konkurransevriddende rådgivning.

---

<sup>220</sup> Steinicke (2008) s. 416.

<sup>221</sup> KOM (2011) 896.

<sup>222</sup> OECD (2013) s. 145.

Et tredje forslag er at oppdragsgiver i større grad skriftlig nedtegner egen bruk av rådgivere i forberedelsen og en kort gjengivelse av arbeidet. Dette er litt etter samme mal som anskaffelsesdirektivets regler om protokollføring.<sup>223</sup> Selv om protokollføring som utgangspunkt har større betydning for eventuelt etteroppgjør, vil den også kunne være et virkemiddel dersom anbudsprosessen stanses og spørsmålet blir forsøkt avgjort før prosessen gjenopptas. I tillegg kan det gjøre at oppdragsgiver blir bevisst på de valgene han tar og hvordan prosessen gjennomføres.

Det er tvilsomt om disse mekanismene er omfattet direktivets artikkel 41 nr. 1. Utjevningsplikten etter direktivet gjelder nemlig kun når en leverandør «har rådgivet den ordregivende myndighet».<sup>224</sup> Mye tyder altså på at kravet til utjevning etter direktivet er begrenset til å gjelde situasjoner hvor rådgivningen allerede er utført. Konkurransebaserte anskaffelsesprosedyrer, RFI og protokollføring kan absolutt være tiltak som bidrar til å unngå konkurransevridning, men de utjevner ikke oppnådde konkurransefordeler.

Kan det da tenkes at oppdragsgiver likevel har en plikt til å bruke disse tiltakene med grunnlag i likebehandlingsprinsippet? Et argument mot en generell utjevningsplikt er at effekten av tiltakene kan være usikker. På den annen side er gjennomføring av slike tiltak antakelig mindre inngripende enn avvisning for leverandøren. Dersom utjevningstiltakene er vellykket bidrar de til å realisere anskaffelsesrettens formål om effektiv ressursbruk og stor konkurranse om kontraktene. I tillegg vil det være mulig å trekke paralleller til spørsmålet om oppdragsgiver etter likebehandlingsprinsippet, kan ha en plikt til å gjennomføre dialog med markedet.<sup>225</sup>

Det vil være langt mindre inngripende å kreve at dialogen gjennomføres på en bestemt måte, enn å kreve at dialog gjennomføres. En «fra det mer til det mindre» tankegang tilsier derfor også at oppdragsgiver kan få en plikt etter likebehandlingsprinsippet til å gjennomføre dialogen på en bestemt måte.

I samme retning trekker Domstolens avgjørelse i *Fabricom-saken*. Der ble det blant annet uttalt at bestemmelser som skal sikre leverandørene mot vilkårlighet fra oppdragsgivers side skal tolkes slik at de sikres en effektiv anvendelse. Dette gjelder spesielt hvor overtredelsen fremdeles kan bringes til opphør.<sup>226</sup> Dette vil typisk være tilfelle hvor fordelene kan utjevnes.

---

<sup>223</sup> Artikkel 84.

<sup>224</sup> Ordlyden i artikkel 41 nr. 2 «Den pågældende ansøger eller tilbudsgiver udelukkes kun fra proceduren» tyder på det samme.

<sup>225</sup> Se avsnitt 3.5.2.

<sup>226</sup> C-21/03 (*Fabricom*) premiss 43.

Mye tyder derfor på at oppdragsgiver med grunnlag i likebehandlingsprinsippet, kan få en plikt til å bruke alternative utjevningsmekanismer som ikke er omfattet av direktivets artikkel 41. Likebehandlingsprinsippet supplerer altså den konkrete regelen hvor den ikke rekker så langt som prinsippet krever.

### 3.5.4 Avvisning

#### 3.5.4.1 Rettslig grunnlag

Det gamle anskaffelsesdirektivet inneholdt ikke noen selvstendig avvisningshjemmel i tilfeller hvor den tekniske dialogen «utelukket konkurranse». Det var likevel antatt at en avvisningsplikt fulgte av likebehandlingsprinsippet. Det følger av EU-domstolens avgjørelse i *Michaniki-saken* at avvisningsbestemmelsene i direktivet ikke er uttømmende i alle tilfeller.<sup>227</sup>

I det nye anskaffelsesdirektivet er det en egen avvisningshjemmel i artikkel 57 nr.4 (f). Regelen gir oppdragsgiver en avvisningsrett. Avvisning *kan* skje dersom en leverandør gjennom rådgivning kommer i en posisjon som beskrevet i artikkel 41. Det er også her presisert at det ikke gjelder dersom konkurransevidningen kan avhjelpes med mindre inngripende virkemidler. Det typiske med slike regler er at de overlater mye til oppdragsgivers skjønn.<sup>228</sup>

I anskaffelsesretten opereres det med et skille mellom avvisningsgrunner som er absolutte og gir oppdragsgiver en avvisningsplikt og de relative som gir en avvisningsrett. De relative avvisningsgrunnene overlater til oppdragsgivers skjønn å avgjøre om avvisning skal skje.<sup>229</sup> I tråd med likebehandlingsprinsippet skal leverandørene ha mulighet til å konkurrere på tilnærmet like vilkår. Derfor kan leverandører som har fått en konkurransefordel i strid med direktivet bli nektet å delta i konkurransen. Motsatt har en leverandør som er i en sammenlignbar situasjon med de andre leverandørene rett til å få delta i konkurransen. Det samme gjelder der hvor forskjellsbehandlingen er objektivt begrunnet. I disse tilfelle vil avvisning ikke være riktig.

I norsk rett har oppdragsgiver en avvisningsplikt dersom en leverandør har fått en konkurransefordel i strid med regelen i § 3-8.<sup>230</sup> Nasjonale regler som sikrer at likebehandlingsprinsippet ivaretas, vil også være tillatt så lenge de ikke er i strid med proporsjonalitetsprinsippet. Dette er også i tråd med *Fabricom-dommen* hvor det er en forutsetning at avvisning kan bli en følge av brudd på likebehandlingsprinsippet.<sup>231</sup>

---

<sup>227</sup> Sak C-213/07 (Michaniki) premiss 49.

<sup>228</sup> Kruger (2010) s. 134.

<sup>229</sup> Bakken (2013) s. 156.

<sup>230</sup> Jf. FOA § 20-12(1)(f).

<sup>231</sup> Sak C-21/03 (Fabricom).

At avvisningsbestemmelsen i det nye direktivet er plassert i artikkel 57 nr. 4 innebærer at det ikke er noen avvisningsplikt, men en avvisningsrett. Det følger av direktivets artikkel 57 nr. 4 at medlemsstatene står fritt til å gjøre de relative avvisningsgrunnene absolutte. De norske reglene vil på dette punktet derfor ikke komme i strid med direktivets bestemmelser.

Det er mye som tyder på at norske myndigheter ikke vil endre reglene og dermed beholde en avvisningsplikt hvor rådgivere har fått en urimelig konkurransefordel.<sup>232</sup> Forenklingsutvalget uttaler blant annet at de ser behovet for en absolutt avvisningsregel for å sikre at kravet til likebehandling ivaretas. En avvisningsplikt vil ifølge utvalget også kunne utledes direkte av likebehandlingsprinsippet, uten å gå veien om anskaffelsesdirektivet. Utvalget foreslår derfor at det i FOA del II «innføres en plikt til å avvise leverandører som har fått en urimelig konkurransefordel som ikke kan utjevnes med mindre inngripende tiltak».<sup>233</sup> Presiseringen om at kun konkurransefordeler som ikke kan utjevnes med mindre inngripende tiltak må antas å være et utslag av proporsjonalitetsprinsippet og en kodifisering av gjeldende rett jf. blant annet *Fabricom-dommen*.

#### 3.5.4.2 Tidspunktet for avvisningen

Etter anskaffelsesdirektivets artikkel 41 skal oppdragsgiver treffe passende foranstaltninger for å sikre at konkurransen ikke vris ved rådgiverens deltakelse i den senere konkurransen. Bestemmelsen sier ingen ting om når denne vurderingen må foretas. Spørsmålet blir da når oppdragsgiver må foreta avvisningen.

Etter artikkel 57 nr. 5 kan oppdragsgiver når som helst i løpet av anskaffelsesprosessen utelukke en leverandør. Heller ikke denne bestemmelsen har noe konkret krav til tidspunktet og gir oppdragsgiver fritt spillerom. Regelen er likevel generell, den gjelder alle de fakultative avvisningsgrunnene i direktivet og retter seg ikke spesielt mot rådgiversituasjonen. Det er dermed ikke nødvendigvis slik at oppdragsgiver kan foreta avvisningen når som helst i prosessen. Bestemmelsen i artikkel 57 nr. 5 er ny og er begrunnet i at direktivet åpner for at oppdragsgiver kan evaluere tilbudene før de fatter avgjørelser om avvisning og vurderer leverandørenes kvalifikasjoner.<sup>234</sup>

I norsk rett følger det av FOA § 20-15 (1) at oppdragsgiver plikter å ta stilling til spørsmålet om avvisning snarest mulig. Begrunnelsen for denne regelen er hensynet til leverandøren, at de så raskt som mulig skal få vite om de ikke er en aktuell kontraktspart samtidig slik at de

---

<sup>232</sup> Jf. Nærings- og fiskeridepartementets «høringsnotat 2» av 17. mars 2015.

<sup>233</sup> NOU 2014:4 s. 219.

<sup>234</sup> Arrowsmith (2014) s. 724. Retten til tidlig avvisning er regulert blant annet av direktivets artikkel 56 nr. 2.

skal få mulighet til å påklage avgjørelsen.<sup>235</sup> Det er mulig å problematisere om regelen vil være i tråd med det nye EU-direktivet hvor det følger at oppdragsgiver kan avvise når som helst. Forenklingsutvalget gjør oppmerksom på problemstillingen, men overlater den nærmere utformingen til departementet.<sup>236</sup> Av departementets forslag følger det at bestemmelsen bare tydeliggjør at avvisning kan skje når som helst i prosessen. Det foreslås samtidig å videreføre regelen om at avvisning skal skje snarest mulig.<sup>237</sup>

Uansett er det mulig å tenke seg flere aktuelle tidspunkter. Oppdragsgiver kan for eksempel fatte beslutning med en gang han oppdager at leverandøren er inhabil, slik som FOA § 20-15 beskriver. Et annet alternativ er at oppdragsgiver fatter beslutningen i tråd med den alminnelige prosessen, det vil si som en del av kvalifikasjonsvurderingen i evalueringsprosessen. Dette er da etter at alle tilbudene er innlevert og oppdragsgiver gjennomgår tilbudene.<sup>238</sup>

Det er gode grunner for at beslutning om avvisning bør fattes tidlig. For leverandøren er det viktigste at han slipper å fortsette å bruke ressurser i en konkurranse hvor den uansett ikke vil kunne bli vurdert. Tidlig beslutning muliggjør i tillegg en utjevning av konkurransefordelen slik at leverandøren likevel kan delta. Et spørsmål som oppstår som følge av dette er om man med begrunnelse i likebehandlingsprinsippet kan kreve at oppdragsgiver må fatte beslutning om avvisning så raskt som mulig.

Dette var oppe som det tredje spørsmålet EU-domstolen måtte ta stilling til i *Fabricom-saken*. Domstolen slo fast at oppdragsgiver ved å utsette beslutningen til sent i prosessen fratar leverandøren mulighet til å gjøre gjeldende sine rettigheter etter direktivet.<sup>239</sup> Dommen har blitt forstått slik at den er til hinder for at oppdragsgiver venter med å avvise leverandøren til sent i prosessen.<sup>240</sup> Dette må antas å gjelde også under det nye direktivet, på tross av den generelle bestemmelsen i artikkel 57 nr. 5.

#### 3.5.4.3 Oppdragsgiver oppdager avvisningsgrunnen sent

Et spørsmål som dukker opp etter Fabricom-dommen er situasjoner hvor oppdragsgiver faktisk oppdager rådgiverens konkurransefordel først like før tildeling skal skje. En streng fortolkning av dommen tilsier at oppdragsgiver må akseptere en leverandørs inhabilitet dersom

---

<sup>235</sup> NOU 1997:21 s. 143.

<sup>236</sup> NOU 2014:4 s. 240.

<sup>237</sup> Nærings- og fiskeridepartementets «høringsnotat 2» av 17. mars 2015 s. 29.

<sup>238</sup> Bakken (2013) s. 156.

<sup>239</sup> C-21/03 (Fabricom) Premiss 44-45.

<sup>240</sup> Treumer (2007) s. 105.

den først blir oppdaget sent i prosessen.<sup>241</sup> Treumer skisserer tre forskjellige løsninger på dette problemet. Den første vil være at den inhabile leverandøren har krav på å få delta i konkurransen. Dette er den løsningen som er mest i tråd med ordlyden i *Fabricom*, men vil samtidig være i strid med de andre leverandørens krav på likebehandling. Løsningen vil derfor neppe være riktig. Det neste alternativet vil være at oppdragsgiver må avlyse hele konkurransen for så å begynne på nytt. Dette ville vært misbruk av ressurser både på oppdragsgiver og på leverandørens side. Den siste løsningen vil være å avvise leverandøren til tross for at dette kanskje vil være i strid med *Fabricom*-dommen.<sup>242</sup> For å bøte på ulempen det medfører for leverandøren kan det gis en frist, slik at leverandøren får mulighet til å angripe avvisningsvedtaket før tildeling skjer. En slik frist bør ikke være kortere enn 14 dager.<sup>243</sup>

En annen måte å se *Fabricom*-dommen på er at den bare gir oppdragsgiver en plikt til å avvise tidlig i prosessen der hvor han faktisk er klar over forholdet. Dersom forholdet ikke blir oppdaget før senere i prosessen kan og må oppdragsgiver selvfølgelig avvise på det tidspunktet. Leverandøren som blir utelukket sent i prosessen kan samtidig kanskje kreve erstatning fra oppdragsgiver dersom han skulle vært avvist på et tidligere tidspunkt.<sup>244</sup> Hvilken plikt oppdragsgiver har til å sette seg inn i situasjonen, herunder å undersøke forhold rundt leverandørens konkurransefordeler, sier *Fabricom* ingenting om.

#### 3.5.4.4 Har oppdragsgivers en undersøkelsesplikt?

Spørsmålet i det følgende er altså om oppdragsgiver har noen plikt til å undersøke om rådgiveren har fått en urimelig konkurransefordel. Dersom oppdragsgiver ikke har noen slik plikt vil leverandørene kunne delta i konkurransen i den tro at de får delta, selv når det er forhold som gjør oppdragsgiver oppmerksom på at noe kan være galt. Løsningen på dette spørsmålet kan ha stor betydning for leverandørene.

Direktivets artikkel 41 sier ikke noe konkret om dette. Det nærmeste er kanskje passusen i nr. 1 om at «den ordregivende myndighed [treffer] passende foranstaltninger» for å sikre at konkurransen ikke blir vridd av rådgiverens deltakelse. Denne har nok hovedsakelig tenkt å regulere oppdragsgivers utjevningsplikt, men samtidig er formålet med regelen å sørge for at rådgiveren skal få mulighet til å delta i konkurransen dersom det er mulig. For å muliggjøre dette er det best at oppdragsgiver foretar undersøkelser og fatter en beslutning om rådgiverens situasjon så raskt som mulig. Dette muliggjør også bruken av utjevningsmekanismer

---

<sup>241</sup> Sak C-21/03 (*Fabricom*) premiss 46.

<sup>242</sup> Treumer (2007) s. 105-106.

<sup>243</sup> Sak C-470/99 (*Universale Bau*).

<sup>244</sup> Fabricius (2012) s. 376.



Underrettens avgjørelse i *AFCon Management Consultants (AFCon)* trekker i samme retning. I saken viste det seg at en ekspert i utvalget som hadde bedømt tilbudene også var ansatt i et datterselskap av det selskapet som vant konkurransen. Etter å ha blitt klar over problemet fjernet Kommisjonen det aktuelle medlemmet og ba de resterende utvalgsmedlemmene ta avgjørelsen på nytt. De sto ved tildeling til det opprinnelige selskapet. AFCon stilte spørsmål ved denne tildelingen fordi de mente at de andre medlemmene kjente til ekspertens dobbeltrolle, Kommisjonen foretok seg likevel ikke noe. Underretten uttalte at vinneren av konkurransen i henhold til likebehandlingsprinsippet ikke befant seg i en sammenlignbar situasjon med de andre leverandørene. I hvert fall så lenge beskyldningene ikke ble nærmere undersøkt. Når Kommisjonen dermed behandlet vinneren likt med de andre leverandørene, uten at det var objektivt begrunnet, utgjorde det et brudd på likebehandlingsprinsippet.<sup>245</sup> Avgjørelsen etablerer en plikt for oppdragsgiver til å foreta undersøkelser når det foreligger en konkret mistanke om brudd på reglene. Saken gjaldt ikke rådgiversituasjonen, men det er antatt i juridisk teori at en slik undersøkelsesplikt må gjelde i disse situasjonene.<sup>246</sup> Hvor grensen skal gå for informasjon som oppdragsgiver bør reagere på, behandles ikke nærmere i dommen.

Konklusjonen blir derfor at oppdragsgiver, med bakgrunn i likebehandlingsprinsippet, har en plikt til å undersøke om rådgiveren har fått en urimelig konkurransefordel når det foreligger informasjon som tilsier at det bør foretas en undersøkelse. Dersom en oppdaget konkurransefordel ikke kan utjevnes, må rådgiveren avvises.

### 3.6 Sammenfatning

Kapittelet har tatt for seg adgang til dialog med markedet i planleggingsfasen. Reglene om markedsdialog ble tidligere utledet direkte fra likebehandlingsprinsippet sammen med punkt 8 i det gamle anskaffelsesdirektivet og *Fabricom-dommen*. Etter disse måtte det foretas en konkret vurdering og dersom rådgivningen var konkurransevidende, måtte leverandøren avvises. Reglene har nå blitt kodifisert i det nye anskaffelsesdirektivets artikkel 40 og 41, hvor den siste inneholder de praktiske hovedreglene. Kravet til avvisning reguleres særskilt i artikkel 57 nr. 4 (f).

Anvendelsesområdet for bestemmelsen er som vi har sett vidt. Leverandører som har tilknytning til noen som har bidratt i planleggingen av en konkret anskaffelse vil være omfattet. Listen for hvilken dialog som er omfattet er også lav. Så lenge dialogen har en konkret anskaffelse i tankene vil den være omfattet. Uten en slik bred inngangsport ville det vært enkelt å omgå bestemmelsen ved for eksempel å yte rådgivning gjennom et datterselskap. Hvordan inng-

---

<sup>245</sup> Sak T-160/03 (AFCon) premiss 90-91.

<sup>246</sup> Poulsen (2011) s. 458.

angsvilkårene er oppfylt vil kunne ha betydning i helhetsvurderingen, men med omgåelses-synspunktet i tankene bør betydningen begrenses. Helhetsvurderingen er en avveining mellom kravet til likebehandling og effektivitet i anskaffelsen. Dersom konkurransefordelen ikke kan utjevnes må leverandøren avvises.

En første observasjon er at formuleringen av problemet er forandret. Tidligere var reglene uttrykt som forbud med unntak.<sup>247</sup> I det nye anskaffelsesdirektivet er regelen utformet som en tillatelse med unntak. Dette kan tyde på at lovgiver har fått et mer positivt syn på dialog med markedet.<sup>248</sup> Det vil kunne bidra til bedre anskaffelser om oppdragsgiver kan ha dialog med markedet før utlysningen av konkurransen. Dette er også i tråd med effektivitetshensynet i anskaffelsesretten. I det nye direktivet er oppdragsgivers plikt til å utjevne rådgiverens konkurransefordeler sentral. Dette viser at lovgivers utgangspunkt er at rådgiveren skal få delta i konkurransen såfremt fordelene kan utjevnes. Oppdragsgivers utjevningsplikt er også relativt vidtrekkende.<sup>249</sup>

Det andre sentrale poenget gjelder bruken av likebehandlingsprinsippet. Likebehandlingsprinsippet kan som nevnt materialisere seg på forskjellige måter, og kapitlet har gitt flere eksempler på at prinsippet har direkte normativ betydning. Prinsippet brukes i flere tilfeller som selvstendig rettslig grunnlag. Under det gamle anskaffelsesdirektivet var likebehandlingsprinsippet selvstendig rettslig grunnlag for reglene om dialog med markedet. Dette gjaldt også for relativt inngripende krav som oppdragsgivers avvisningsplikt ved brudd på regelverket.

I det nye direktivet er adgangen til markedsdialog blitt regulert særskilt, det har altså skjedd en operasjonalisering av likebehandlingsprinsippet. Prinsippet vil fremdeles ha betydning som tolkningsfaktor. For eksempel kan det tenkes å utvide utjevningsplikten til også å gjelde tiltak som må utføres før dialogen er gjennomført. Dersom lovgiver faktisk ikke ønsket å begrense utjevningsplikten til tiltak som kan iverksettes etter at rådgivningen har blitt ytt, er det et meget godt eksempel på behovet for likebehandlingsprinsippet for å supplere direktivet eller som selvstendig rettslig grunnlag.

Manglende forutberegnelighet er den største innvendingen mot å bruke likebehandlingsprinsippet som selvstendig rettslig grunnlag. Derfor er det naturlig å stille spørsmål om operasjonaliseringen har forbedret forutberegneligheten i anskaffelsesprosesser hvor oppdragsgiver har hatt dialog med leverandører i forkant av anskaffelsen. Det er selvfølgelig vanskelig å si noe

---

<sup>247</sup> FOA § 3-8 og GPA-avtalen artikkel VI nr. 4.

<sup>248</sup> Ordlyden i direktivets artikkel 40 tyder også på det samme når den tillater «markedsundersøgelser med henblik på at udforme udbuddet».

<sup>249</sup> Artikkel 41 nr. 2.

om dette på generelt grunnlag med en ny regel uten utviklet praksis. Regelen fremstår som god. Den virker balansert samtidig som den ikke bryter med etablert praksis. Helhetsvurderingen inneholder de viktigste momentene fra tidligere praksis. Nemlig oppdragsgivers plikt til å utjevne konkurransefordeler, blant annet kunnskapsfordeler og fordeler i tid. En fordel ved regelen er at den vil bidra til harmoniseringen av anskaffelsesreglene i medlemsstatene. Dette vil kunne lede til økt konkurranse om offentlige kontrakter på tvers av landegrensene, som vi har sett ikke er en selvfølge.

På detaljnivå har en slik operasjonalisering mindre betydning for forutberegneligheten. Partene vil fremdeles ikke kunne lese direkte ut av bestemmelsen når en leverandør må utelukkes på grunn av konkurransevidende rådgivning. Det er heller ikke ønskelig at reglene skal være forutsigbare ned til i minste detalj. I så fall må reglene være svært omfattende, og elementer som effektivitet og muligheten for dynamiske løsninger blir borte.

Fremdeles er det enkeltspørsmål som må løses med likebehandlingsprinsippet og rettspraksis som rettslig grunnlag. Kapittelet har gitt to eksempler på dette. For det første oppdragsgivers plikt til å undersøke om det foreligger brudd på reglene om markedsdialog. For det andre spørsmålet om oppdragsgiver har en plikt til å gjennomføre dialog med markedet.<sup>250</sup>

---

<sup>250</sup> Se henholdsvis avsnitt 3.5.4.4 og underkapittel 3.5.2.

## **4 Særlig fordel gjennom kravspesifikasjonene**

### **4.1 Innledning**

Reglene om oppdragsgivers utforming av kravspesifikasjoner, de tekniske spesifikasjonene, er en sentral del av regelverket om offentlige anskaffelser. Kravspesifikasjonene er der oppdragsgiver angir hva som skal anskaffes. Er det en vare som skal anskaffes så angir kravspesifikasjonene antallet og en beskrivelse av varen.

Dersom det ikke fantes regler om tekniske spesifikasjoner ville oppdragsgiverne kunne spesifisert ytelsen slik de ville. Dette kunne gitt spesifikasjoner som satt lokale eller nasjonale leverandører i en fordelaktig posisjon. Formålet med reglene er altså å sørge for at oppdragsgivere utformer gode spesifikasjoner som ikke er konkurransebegrensende eller favoriserer nasjonale aktører.

Etter anskaffelsesreglene kan oppdragsgiver ikke bestemme hvordan leverandørens tilbud skal se ut. Oppdragsgiver kan selvfølgelig gi føringer i form av detaljerte tekniske spesifikasjoner, men de er likevel avhengig av at tilbudene er forenelige med disse. Ellers må tilbudet avvises. Leverandørens endelige tilbud varierer med en rekke parametere, blant annet dens risikoanalyse, konkurransesituasjonen, leverandørens fortjenestemuligheter og egen teknisk eller økonomisk stilling. Dette viser at utformingen av spesifikasjonene er avgjørende for at oppdragsgiver skal få den ytelsen han ønsker.<sup>251</sup>

For å gi en god fremstilling av konkurransefordeler leverandørene kan få gjennom kravspesifikasjonene, er det nødvendig å se dem i sammenheng med de andre delene av konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget er en norsk samlebetegnelse på den informasjonen oppdragsgiver må gi før konkurransen begynner. Informasjonen skal danne grunnlag og angi rammene for konkurransen.<sup>252</sup> Det er flere forskjellige måter å organisere konkurransegrunnlaget på. Morten Goller skisserer en tredeling. Den første delen inneholder konkurranseregler. Denne omfatter alle krav til prosedyren, tidsfrister, eventuelle kvalifikasjonskrav og tildelegningskriterier. Den andre delen inneholder de tekniske spesifikasjonene. Her presenteres typisk alle krav som stilles til ytelsen. Den tredje delen gjelder kontrakten, denne inneholder krav til ytelsen, samt en angivelse av avtalens varighet, sted og tid for oppfyllelse osv.<sup>253</sup>

---

<sup>251</sup> Christensen (2011) s. 19-20.

<sup>252</sup> Bovis (2012) s. 71.

<sup>253</sup> Goller (2014) s. 106.

De tekniske spesifikasjonene har nær tilknytning til både tildelingskriteriene og kontrakten, og det er en glidende overgang mellom hva som plasseres i hvilken del. Noen elementer må også plasseres alle tre stedene. Tildelingskriteriene og kravspesifikasjonen er for eksempel uløselig bundet sammen. De må derfor skrives på en slik måte at det fremgår tydelig hvilke behov anskaffelsen skal dekke, derunder hvilke krav som stilles for at behovet skal dekkes.<sup>254</sup>

Tema for dette kapittelet er konkurransefordeler som leverandørene kan få på bakgrunn av kravspesifikasjonene. Det kan skje ved at spesifikasjonene utformes på en bestemt måte slik at det stiller enkelte leverandører i en fordelaktig posisjon. Fordelen kan også skyldes forhold ved leverandøren. For eksempel at leverandøren er eksisterende leverandør av kontrakten, eller at leverandøren er etablert i området hvor ytelsen skal leveres. Spørsmålet blir da om oppdragsgiver må ta hensyn til dette ved utformingen av spesifikasjonene.

I den videre fremstillingen vil jeg i kapittel 4.2 gjøre rede for reglene om tekniske spesifikasjoner i direktivet. Jeg vil særlig legge vekt på de sidene av regelverket hvor likebehandlingsprinsippet har fått utslag og drøfte problemer som oppstår i den forbindelse. I kapittel 4.4 vil jeg undersøke grensene for de tekniske spesifikasjonene. Jeg vil se på hvordan likebehandlingsprinsippet sammen med de andre grunnleggende prinsippene setter grenser for spesifikasjonene og hvilke utfordringer dette medfører. I kapittel 4.5 vil jeg vurdere hvilke plikter oppdragsgiver får som følge av blant annet likebehandlingsprinsippet. Herunder plikt til å avvise, avlyse og å utjevne leverandørers konkurransefordeler.

## **4.2 Historisk utvikling**

Anskaffelsesdirektivene har alltid hatt regler om tekniske spesifikasjoner.<sup>255</sup> Bakgrunnen for dette er at reglene om tekniske spesifikasjoner har nær sammenheng med varereglene i TEUV. Det begynte med forbudet mot henvisning til varemerker og fortsatte med regler om bruk av standarder. Med den forrige revideringen i 2004 kom det til regler som åpnet for å bruke ytelses- og funksjonskrav og en regel som ga uttrykk for likebehandlingsprinsippet.<sup>256</sup>

Reglene om tekniske spesifikasjoner er gitt i artikkel 42 i det nye anskaffelsesdirektivet. Det er gjort enkelte omrokkinger fra det gamle direktivets artikkel 23, men innholdet av reglene er for de fleste praktiske formål uendret. Det har kommet inn noen nye elementer, men praksis under det gamle direktivet vil fremdeles være relevant.

---

<sup>254</sup> Bakken (2013) s. 137.

<sup>255</sup> Se direktiv 71/305/EØF artikkel 10.

<sup>256</sup> Direktiv 2004/18/EF artikkel 23 nr. 3 bokstav b og nr. 2.

### 4.3 Regulering av tekniske spesifikasjoner i anskaffelsesdirektivet

#### 4.3.1 Tekniske spesifikasjoner

Reglene om tekniske spesifikasjoner setter grensene for hvordan oppdragsgiver kan beskrive det som skal anskaffes. I anskaffelsesdirektivet reguleres dette i artikkel 42. I dette kapitlet vil jeg bruke begrepene kravspesifikasjoner og tekniske spesifikasjoner om hverandre. Grunnen til det er at anskaffelsesdirektivene bruker begrepet tekniske spesifikasjoner, det gjør også den norske anskaffelsesforskriften. Begrepet tekniske spesifikasjoner er likevel litt villedende fordi reglene omfatter noe mer enn bare det tekniske innholdet av en anskaffelse. Reglene omfatter alle krav som stilles til ytelsen, for eksempel rent estetiske krav og lokalisering av tjenesten som skal tilbys. Uttrykket kravspesifikasjoner er derfor mer dekkende. I Nærings- og Fiskeridepartementets forslag til endringer i FOA er uttrykket kravspesifikasjoner valgt.<sup>257</sup>

En teknisk spesifikasjon i direktivets forstand er «krævede egenskaber ved de omhandlede produkter».<sup>258</sup> Det fremgår ikke alltid klart av konkurransegrunnlaget hva som er tekniske spesifikasjoner og hva som er tildelingskriterier, de er også som nevnt tett knyttet til hverandre. Dersom noe er uklart må man foreta en tolkning av ordlyden i konkurransegrunnlaget. De delene av konkurransegrunnlaget som er tekniske spesifikasjoner må behandles etter reglene i anskaffelsesdirektivets artikkel 42.

Utformingen av kravspesifikasjonene skjer i planleggingsfasen, når oppdragsgiver har en bestemt anskaffelse i tankene. Spesifikasjonene kan være alt fra svært overfladiske til veldig detaljerte. Eksempelvis kan spesifikasjonene til utformingen av nytt universitetsbygg kun angi antallet brukere av bygningen, studenter, professorer og andre ansatte samt hvilken bruk de skal gjøre av bygningen. Altså undervisning, lesesaler, bibliotek og kontorer. Det er deretter opp til leverandøren å velge hvordan utførelsen skal være. Dette gjelder både de praktiske løsningene og byggets visuelle utforming. En ganske annen tilnærming vil være at oppdragsgiver angir materialvalg og utforming av bygningen helt ned på detaljnivå. Hva som er den beste løsningen vil avhenge av det som skal anskaffes og oppdragsgivers egne ferdigheter og behov.<sup>259</sup>

Formålet med reglene om tekniske spesifikasjoner er å sikre effektive og gode anskaffelser, i tillegg er det sentralt å unngå at bestemte leverandører eller produkter favoriseres. Dette siste har nær sammenheng med likebehandlingsprinsippet. Likebehandlingen skal sikres ved at spesifikasjonene skal være kjente og i størst mulig grad være tilgjengelige for alle. Dette materialiserer seg gjennom forbudet mot bruk av varemerker i spesifikasjonene. I tillegg er bruk

<sup>257</sup> Nærings- og fiskeridepartementets «høringsnotat 2» av 17. mars 2015 avsnitt 3.2.7.

<sup>258</sup> Anskaffelsesdirektivets bilag VII nr. 1

<sup>259</sup> Arrowsmith (2014) s. 649.

av fortrinnsvis europeiske standarder viktig i arbeidet for å sikre likebehandling og effektivitet også på tvers av landegrensene.<sup>260</sup> Her er det tette forbindelseslinjer til den generelle harmoniseringen som har vært en av de viktigste politiske integrasjonsfaktorene i EU i arbeidet mot «an ever closer union». Standarder er i så måte et viktig verktøy for å muliggjøre handel på tvers av landegrensene.<sup>261</sup> Artikkel 42 inneholder flere uttrykk for likebehandlingsprinsippet, bestemmelsen blir som et supplement til prinsippet.<sup>262</sup> Man kan si at lovgiver har gitt uttrykk for hvordan likebehandlingsprinsippet skal forstås i det konkrete tilfellet.

#### 4.3.2 Utformingen av spesifikasjonene

Artikkel 42 nr. 3 er hovedregelen om hvordan de tekniske spesifikasjonene skal angis av oppdragsgiver. Det gis to alternative løsninger, enten en detaljert angivelse av tekniske spesifikasjoner, eller en mer begrenset angivelse av ytelses- og funksjonskrav. Løsningene er likestilte og oppdragsgiver står fritt til å velge ut i fra hva som passer best til anskaffelsen.<sup>263</sup> De tekniske spesifikasjonene skal angis i anbudsdokumentene, det vil si senest ved kunngjøring av konkurransen.<sup>264</sup>

Den ene måten man kan angi de tekniske spesifikasjonene er altså ved en detaljert angivelse. Her gir oppdragsgiver en detaljert oversikt over ytelsen som skal anskaffes og hvilke spesifikasjoner den skal ha. Spesifikasjonene må angis på en måte som gjør anskaffelsen mest mulig effektiv, samtidig er det viktig at likebehandlingsprinsippet blir ivaretatt. Oppdragsgiver kan gjerne bruke eksisterende standarder også ved en detaljert utforming av spesifikasjonene. En klar fordel med slike detaljerte spesifikasjoner er at tilbudene som kommer fra leverandørene blir ganske forutsigbare og at oppdragsgiver i stor grad kan detaljstyre det han får. En ulempe kan være at kravene blir så faste at det kan ødelegge for enkelte leverandører.<sup>265</sup>

Ved angivelse av ytelse- og funksjonskrav er fokus flyttet fra de konkrete spesifikasjonene til resultatet av anskaffelsen. Et eksempel kan være at oppdragsgiver ønsker å få bygget en skole med plass til 500 elever med maksimalt 30 elever per klasse. Her får leverandøren mye større frihet til å velge utforming av prosjektet. Dette er positivt fordi det kan gi bedre løsninger i den forstand at leverandørene kan være mer kreative, det er ikke sikkert at den løsningen oppdragsgiver har sett for seg er den beste løsningen. Funksjonskrav vil også kunne bidra til å flytte risikoen for løsningene fra oppdragsgiver til leverandør. Motsatt kan det i evalueringen

---

<sup>260</sup> KOM (2000) 275 Kommisjonens begrunnelse pkt 5.1.

<sup>261</sup> Barnard (2013) s. 14.

<sup>262</sup> Thue (2013) s. 565.

<sup>263</sup> Steinicke (2008) s. 707.

<sup>264</sup> Artikkel 42 nr. 1.

<sup>265</sup> Poulsen (2011) s. 277.

av tilbudene bli vanskeligere å skille mellom de forskjellige leverandørene når deres løsninger er svært forskjellige. Det vil også gjøre det vanskeligere for oppdragsgiver å ivareta likebehandlingsprinsippet når tilbudene er veldig forskjellige. Mange anskaffelser vil ikke være egnet for å bruke bare ytelses- eller funksjonskrav eller detaljerte tekniske spesifikasjoner. Det er derfor mulig å bruke en kombinasjon av de to.<sup>266</sup>

Oppdragsgiver kan også skille mellom absolutte krav og krav som er ønskelige for det som skal anskaffes. Dersom oppdragsgiver opererer med krav som er ønskelige bør dette også uttrykkes i tildelingskriteriene, slik at leverandørene kan evalueres ut i fra hvor godt de egentlig har oppfylt disse.<sup>267</sup> Kravene angis som minimumskrav og leverandøren kan selvfølgelig overoppfylle. Det er da opp til tildelingskriteriene og vektingen av disse om det skal ha noen innvirkning på leverandørens mulighet til vinne konkurransen.

#### 4.3.3 Bruk av standarder

Standardisering er som nevnt en av bærebjelkene i EUs frihandelsprosjekt. Standarder bidrar særlig til forenklede og mer effektive anskaffelsesprosesser ved at oppdragsgiver ikke trenger å spesifisere deler av ytelsen fullstendig, den er allerede spesifisert på forhånd. Bruk av standarder kan også bidra til å øke kvaliteten på varer og tjenester da det er eksperter på fagområdet som bidrar til å sette sammen disse. Begrepet standard defineres i direktivet som «en teknisk spesifikasjon, som er vedtaget af et anerkendt standardiseringsorgan til gentagen eller konstant anvendelse, hvis overholdelse ikke er obligatorisk». Det skilles også mellom nasjonale, europeiske og internasjonale standarder.<sup>268</sup>

Likebehandlingsprinsippet innebærer som kjent at oppdragsgiver skal sørge for at konkurransen skjer på like betingelser. Kjernen i bruken av felles europeiske standarder er prinsippet om gjensidig annerkjennelse. Altså et krav om reell likhet. Formålet med reglene om bruk av standarder er å forhindre favorisering av nasjonale produkter, slik at varer og tjenester enklere kan krysse landegrensene.<sup>269</sup>

Direktivets artikkel 42 nr. 3 bokstav b angir de forskjellige standardene som kan benyttes ved angivelsen av de tekniske spesifikasjonene. De er hierarkisk opplistet slik at oppdragsgiver må velge den første dersom det finnes en slik standard på området. Den foretrukne er nasjonale standarder til gjennomføring av europeiske standarder. Grunnen til det er at det best ivaretar likebehandlingsprinsippet på tvers av landegrensene. Det vil være lettere for en utenlandsk

---

<sup>266</sup> FADs veileder s. 139.

<sup>267</sup> Dragsten (2013) s. 347.

<sup>268</sup> Direktivets bilag VII nr. 2.

<sup>269</sup> Sejerstedt (2011) s. 618.



entreprenør å oppfylle krav som tilsvarer de som blir stilt i hans hjemland. Etter disse følger andre europeiske og internasjonale standarder. Dersom slike ikke finnes kan oppdragsgiver velge nasjonale standarder. Bestemmelsen angir også at bruk av standarder alltid skal etterfølges av uttrykket «eller tilsvarende». Uten en slik regel ville ikke leverandører som ikke kunne oppfylle de konkrete spesifikasjonene nå opp i konkurransen. Regelen er derfor nødvendig for å ivareta likebehandlingsprinsippet. Helt konkret åpner tillegget «eller tilsvarende» for løsninger som oppfyller kravene til standardene på andre måter.

Det er også mulig å argumentere for at bruk av standarder kan føre til brudd på likebehandlingsprinsippet. I mangel på bakenforliggende europeiske standarder, vil oppdragsgiver kunne velge en nasjonal standard. Dette er standarder de nasjonale leverandørene kjenner til og lettere kan oppfylle enn utenlandske aktører. Motsatt vil slike standarder ofte være vanskeligere å oppfylle for utenlandske leverandører.

Fordelene ved bruk av standarder oppveier likevel ganske klart ulempene, også i et likebehandlingsperspektiv. Selv om standardiseringen er et til dels omfattende arbeid i seg selv vil det medføre bedre og mer effektive anskaffelser, i tillegg til at det sikrer likebehandling av leverandørene.<sup>270</sup>

#### 4.3.4 Forbudet mot bruk av varemerker mv.

##### 4.3.4.1 *Forbudets innhold*

Anskaffelsesreglene inneholder et forbud mot å bruke bestemte merker, opprinnelser eller fremstillingsprosesser som kjennetegner ytelser ved spesifikasjonen av anskaffelsen.<sup>271</sup> Dette innebærer for eksempel at en oppdragsgiver som utgangspunkt ikke kan bruke betegnelsen «Twinings Earl Grey», i en anskaffelse av te, fordi Twinings er merkenavnet til en produsent. Isteden kan oppdragsgiver spesifisere at han ønsker sort te, og eventuelt å beskrive hvilke smakstilsetninger teen skal ha. Det ville nok også vært mulig kun å bruke betegnelsen «Earl Grey» fordi dette ikke henviser til noe bestemt merke, men en type te.<sup>272</sup> Formålet med forbudet er å likebehandle leverandørene. Dette blant annet for å unngå at oppdragsgiver bruker et varemerke som et slags referanseprodukt eller et eksempel på det som skal anskaffes. En slik bruk vil lett kunne føre til brudd på likebehandlingsprinsippet ved at leverandører som bruker nettopp det merket får en konkurransefordel. Samtidig vil en henvisning til et varemerke lett kunne fremstå som en ulempe for leverandører som ikke har dette varemerket, noe som kan medføre at de avstår fra å delta i konkurransen.<sup>273</sup> Forbudet er helt i tråd med hovedregelen

---

<sup>270</sup> Steinicke (2008) s. 712.

<sup>271</sup> Artikkel 42 nr. 4.

<sup>272</sup> Eksempelet er hentet fra klagenemndas sak 2011/171.

<sup>273</sup> Udbudsportalen.dk (2007).

om tekniske spesifikasjoner, nemlig at leverandørene skal ha like muligheter i prosessen og at det ikke skal skapes ubegrunnede hindringer i den frie konkurransen.<sup>274</sup>

Artikkel 42 nr. 4 er gjennomført i norsk rett ved FOA § 17-3(10) for anskaffelser over EØS-terskel. Bestemmelsen om bruk av merkenavn er ikke endret i det nye direktivet så ordlyden i den nåværende norske forskriften er nærmest identisk med direktivet.<sup>275</sup>

Samtidig følger det av direktivet at det kun er de henvisningene som resulterer i at «visse virksomheder eller varer favoriseres eller elimineres» som er forbudte. Dette er ikke problematisert videre i teorien, men kan virke som et vilkår om at henvisningen må være konkurransebegrensende for å være omfattet av forbudet. En henvisning til et bestemt merke vil nok i de aller fleste tilfeller være begrensende for konkurransen. I norsk rett er den samme regelen forstått slik at det er en lav terskel for at det skal oppstå en slik konkurransebegrensende virkning.<sup>276</sup>

Forbudet mot å angi bestemte merker er ikke absolutt. Artikkel 42 nr. 4 inneholder unntak fra hovedregelen. I tillegg må uttrykket «eller tilsvarende» brukes dersom oppdragsgiver kan spesifisere ytelsen ved bruk av merkenavn. Regelen er begrunnet i likebehandlingsprinsippet. Den innebærer at leverandørene kan levere inn tilbudet uten det samme merket så lenge produktet er en tilsvarende ytelse. Det må altså foretas en produktsammenligning.<sup>277</sup> Produktsammenligningen ligner på den som skal skje ved spørsmål om avvisning.

#### 4.3.4.2 Unntakene: Umulig å beskrive

Artikkel 42 nr. 4 inneholder som nevnt unntak fra hovedregelen. Slik bestemmelsen er utformet er det uklart om den inneholder ett eller to unntak. Siste setning i bestemmelsen inneholder et klart formulert unntak:

”En sådan angivelse eller henvisning er undtagelsesvis tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3.”

Formuleringen av ordlyden kan tyde på at unntaket skal tolkes snevert. Et annet argument i samme retning er at forbudet mot henvisning til varemerker har nær sammenheng med kravet til fri bevegelighet i EU-retten. Unntak fra slike regler skal generelt tolkes snevert.<sup>278</sup>

---

<sup>274</sup> Artikkel 42 nr. 2 mer om denne regelen i kapittel 4.4.

<sup>275</sup> Bestemmelsen er videreført med tilnærmet samme innhold i departementets forslag til ny forskrift § 11-1(4).

<sup>276</sup> Dragsten (2013) s. 352 og FADs veileder s. 141.

<sup>277</sup> Steinicke (2008) s. 734.

<sup>278</sup> Sak C-160/08 (Kommisjonen mot Tyskland) premiss 76.

At ytelsen ikke skal kunne spesifiseres ved bruk av artikkel 42 nr. 3 er en henvisning til reglene om detaljerte spesifikasjoner og ytelses- og funksjonskrav. Tilveksten av ytelses- og funksjonskrav med direktivendringen i 2004 har hatt stor betydning for adgangen til å bruke merker i de tekniske spesifikasjonene. Når oppdragsgiver kan angi ytelsen ved en funksjonell beskrivelse, skal det mye mer til for at oppdragsgiver ikke skal klare å spesifisere ytelsen tilstrekkelig.<sup>279</sup> Oppdragsgiver kan som nevnt også kombinere de to spesifikasjonsformene.<sup>280</sup> Innholdet av unntaket byr ikke på de største problemene. Spesifikasjon med et merkenavn er altså tillatt når en tilstrekkelig nøyaktig og presis beskrivelse ikke lar seg gjøre. Det skal mer til enn at det er vanskelig å beskrive kontraktsgjenstanden, selv om det ville være ressurskrevende for oppdragsgiver.<sup>281</sup>

#### *4.3.4.3 Unntakene: Berettiget i kontraktens gjenstand*

Av første setning følger det at bruk av merkenavn er forbudt «med mindre kontraktens gjenstand gjør det berettiget».<sup>282</sup> Det har blitt problematisert om tilsvarende norsk bestemmelse inneholder et selvstendig unntak, eller om det bare er en presisering av unntaket i siste setning.<sup>283</sup> Spørsmålet ble tatt opp i en tolkningsuttalelse fra FAD. I den konkrete saken skulle Forsvarets logistikkorganisasjon (FLO) kunngjøre en anskaffelse på en rammeavtale for datalicenser. Spørsmålet var om disse kunne gis betegnelsen Microsoftlisenser, eller om de måtte gis en produktnøytral beskrivelse. Det var klart at det var mulig for FLO å spesifisere ytelsen merkenøytralt. Unntaket i siste setning kom derfor ikke til anvendelse. Grunnen til at det ikke var ønskelig å spesifisere merkenøytralt var at løsninger som ikke var kompatible med Microsoft ville medføre store byttekostnader. Departementet konkluderte med at første setning inneholder et selvstendig unntak. Alternativet ville vært å tolke det samme innholdet inn i unntaket i siste setning. Unntak som følge av «kontraktens gjenstand» har et annet innhold og dersom det skal få selvstendig betydning burde det være et selvstendig unntak.<sup>284</sup> Konklusjonen ble utformet under henvisning til juridisk teori.<sup>285</sup>

Spørsmålet var videre hva som er unntakets innhold. Formuleringen «kontraktens gjenstand gjør det berettiget» er svært vid og ordlyden setter få grenser for når merkenavn kan brukes. Ettersom regelen er et unntak fra den klare hovedregelen som er basert på likebehandlings-

---

<sup>279</sup> Steinicke (2008) s. 729.

<sup>280</sup> Underkapittel 4.3.1.

<sup>281</sup> Dragsten (2013) s. 354.

<sup>282</sup> Artikkel 42 nr. 4.

<sup>283</sup> FOA § 17-3(10).

<sup>284</sup> Tolkingsuttalelse fra FAD (2012).

<sup>285</sup> Arrowsmith (2005) s. 1155.

prinsippet må den som nevnt over tolkes restriktivt. Departementets vurdering var at «sterke hensyn» taler for å tolke regelen restriktivt. Unntakets nærmere innhold, spesielt når det kommer til anvendelse blir også behandlet av departementet. Det mener at unntaket typisk kan komme til anvendelse der hvor det som skal anskaffes må være kompatibelt med eksisterende utstyr i det offentlige organet. Under hensyn til effektiv ressursbruk ble departementets konklusjon at FLO ikke pliktet å ha en merkenøytral spesifikasjon av anskaffelsen.<sup>286</sup> Konklusjonen har i ettertid blitt fulgt opp i klagenemnda.<sup>287</sup>

Departementets forståelse av bestemmelsen åpnet for å gjøre unntak fra forbudet mot henvisning til merkenavn i visse situasjoner. Unntaket kunne brukes når det som skal anskaffes må være kompatibelt med eksisterende utstyr hos oppdragsgiver. Begrunnelsen var blant annet knyttet til effektivitet og høye byttekostnader. Det går an å spørre seg om denne forståelsen er i tråd med anskaffelsesdirektivet?

Det kan problematiseres om FADs tolkningsuttalelse tok tilstrekkelig hensyn til likebehandlingsprinsippet. Et første argument *mot* løsningen er at oppdragsgivere har valgt en leverandør og stadig anskaffer mer som bygger på det samme merket. Dette gir en slags selvforsterkende effekt som gjør det stadig vanskeligere for oppdragsgiver å bryte med denne leverandøren.<sup>288</sup> FLOs anskaffelse er et typisk eksempel på dette problemet fordi bytte av system ville medføre kostnader på flere hundre millioner kroner. Rammeavtalen på lisensene som skulle anskaffes hadde en verdi på oppunder 100 millioner. Hovedargumentet for at FAD tillot bruk av merkenavnet «Microsoftlisenser» var at det ville være mer effektiv ressursbruk og at det samtidig ville være samfunnsøkonomisk å spesifisere ytelsen på den måten.<sup>289</sup>

Et annet argument *mot* FADs forståelse av unntakets innhold er at tillatelsen til bruk av merkenavnet har sammenheng med den opprinnelige anskaffelsen. Altså da det offentlige organet første gang knyttet seg til denne løsningen. For datamaskiner og operativsystemer er den opprinnelige anskaffelsen gjerne foretatt for mange tiår siden, anskaffelsesregelverket var langt mindre omfattende før inngåelsen av EØS-avtalen. Det er ingen garantier for at denne avtalen var gjenstand for den samme konkurransen som dagens anskaffelser.<sup>290</sup> Dette medfører selvfølgelig ikke at anskaffelsen uten videre må konkurranseutsettes fullstendig, bare fordi det ble gjort feil, og den opprinnelige anskaffelsen ikke var gjenstand for konkurranse. En slik forståelse ville ikke vært i tråd med anskaffelsesreglenes formål om effektiv ressursbruk.

---

<sup>286</sup> Tolkningsuttalelse fra FAD (2012).

<sup>287</sup> Sak 2012/220 premiss 24-25.

<sup>288</sup> Kloster (2012).

<sup>289</sup> Tolkningsuttalelse fra FAD (2012).

<sup>290</sup> NOU 2012:2 s. 406.

Et tredje argument *mot* som FADs uttalelse heller ikke tar opp, er forholdet mellom byttekostnaden og fremtidige investeringer. Dersom det for eksempel i løpet av noen få år vil være lønnsomt for oppdragsgiver å foreta et bytte av system, så vil det være mer tvilsomt om unntaket kan komme til anvendelse.

Det er også gode argumenter *for* departementets forståelse. Særlig effektivitets- og ressurs-hensyn trekker i motsatt retning av likebehandlingsprinsippet. I tilfellene hvor byttekostnadene er mange ganger høyere enn investeringen som skal gjøres er disse argumentene veldig sterke. Det bør samtidig, som FAD også sier i uttalelsen, være en streng praktisering av unntaket. Begrunnelsen for dette er at likebehandlingsprinsippet må ivaretas. Oppsummeringsvis vil den norske forståelsen av unntaket antakelig være i tråd med direktivet, men det må foretas en grundig vurdering av byttekostnadene opp mot gevinstene oppdragsgiver på kan oppnå ved å bytte. De mange motargumentene tilsier også en streng fortolkning av unntaket.

Et alternativt forslag til løsning er at oppdragsgiver i større grad må sannsynliggjøre at «kontraktens gjenstand» faktisk berettiger bruk av merkenavn i spesifikasjonene. Oppdragsgiver har etter de norske anskaffelsesreglene antakelig en plikt til å dokumentere at vilkårene for bruk av denne typen unntaksregler er oppfylt.<sup>291</sup> Det vil også være oppdragsgiver som har bevisbyrden ved en eventuell tvist om saken.<sup>292</sup> Der er likevel bare et fåtall saker som ender med rettslig tvist. Det er derfor viktig at det uansett stilles strenge krav til oppdragsgivers begrunnelsesplikt.

Dersom klagenemnda og domstolene stiller strengere krav til oppdragsgivers begrunnelse, vil det kunne bidra til å minske risikoen for brudd med likebehandlingsprinsippet. En strengere begrunnelsesplikt kan tvinge oppdragsgiver til selv å måtte ta grundig stilling til byttekostnader og eventuelle besparelser et bytte vil kunne medføre på sikt. En slik begrunnelsesplikt vil altså legge til rette for at oppdragsgiver gjør en bedre vurdering av anskaffelsen som skal foretas. Samtidig vil en slik begrunnelsesplikt gjøre det mulig for andre leverandører å vurdere om spesifikasjonen er i strid med anskaffelsesreglene.<sup>293</sup> Argumentet mot en begrunnelsesplikt er at det gjør regelverket mer tungvint. Den gir oppdragsgiver en plikt til å dokumentere en beslutning det allerede er strengt regulert når kan fattes. Begrunnelsesplikt bør derfor begrenses til der det er strengt nødvendig. Årsaken til det er også at det innebærer en plikt for oppdrags-

---

<sup>291</sup> Jf. FOA § 3-2(2) og FADs veileder s. 41.

<sup>292</sup> Se blant annet C-394/02 (Kommissjonen mot Hellas) premiss 33 med videre henvisninger. Se også Arrowsmith (1998) s. 66.

<sup>293</sup> Kloster (2012).

giver til å begrunne en alminnelig forretningsmessig beslutning. En beslutning som det uansett er strenge regler for når oppdragsgiver kan fatte.

Det er verdt å merke seg at i departementets forslag til ny anskaffelsesforskrift § 11-1(4) er forbudet mot bruk av varemerker endret. Forslaget inneholder det samme forbudet som i dag. Unntakene er derimot adskilt og nummerert som (1) og (2). Det fremgår derfor tydelig at det skal forstås som to unntak. Denne forståelsen er i tråd med FADs tolkningsuttalelse fra 2012 og etterfølgende praksis fra klagenemnda.

#### **4.4 Når utgjør kravspesifikasjonen en særlig fordel?**

##### **4.4.1 Innledning**

Det offentlig kjenner selv best sine behov, og oppdragsgiver kan selv bestemme om de har behov for å iverksette en eventuell anskaffelsesprosedyre. Av definisjonen av tekniske spesifikasjoner i artikkel 42 nr. 1 følger det at oppdragsgiver fastsetter de tekniske spesifikasjonene. Utformingen av de tekniske spesifikasjonene er som utgangspunkt under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, dette kan i begrenset grad prøves av domstolene. Domstolene eller særskilte klagenemnder er for det første ikke egnet til å vurdere innkjøpsfaglige spørsmål. For det andre ville det det kunne skape usikkerhet i anskaffelsesprosessen.<sup>294</sup> Reglene behandlet over i kapittel 4.3 om bruk av standarder og forbudet mot bruk av varemerker er direktivfestede begrensninger i dette skjønnet. I tillegg begrenses oppdragsgivers skjønn av de generelle anskaffelsesrettslige prinsippene.<sup>295</sup>

I dette kapittelet vil avveiningen mellom oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn og de grunnleggende prinsippene bli vurdert. Kravspesifikasjonene vil typisk være utformet i strid med likebehandlingsprinsippet når enkelte leverandører får en særlig fordel i konkurranse med andre leverandører. Vurderingen tar utgangspunkt i oppdragsgivers utforming av spesifikasjonene, men fordelene av diskriminerende eller uklare spesifikasjoner vil ofte falle på en eller flere leverandører.

EU-domstolen slo i *Contse-saken* fast at oppdragsgiver ikke kan fastsette kravspesifikasjoner i strid med EU-rettens grunnleggende friheter. Saken gjaldt tjenester i tilknytning til åndedretts-terapi i hjemmet. Oppdragsgiver stilte blant annet krav om at leverandøren allerede ved innlevering av tilbudet måtte være etablert på stedet hvor tjenesten skulle ytes. Det var også tildelingskriterier som ga ekstra poeng for anlegg innenfor en radius på 1000 km fra tjenestestedet. Domstolen slo fast at både spesifikasjoner og tildelingskriterier må være i tråd med EU-

---

<sup>294</sup> Arrowsmith (2005) s. 1113.

<sup>295</sup> Thue (2013) s. 71.

rettens grunnleggende prinsipper. Dette innbar at fire kumulative vilkår måtte være oppfylt. Kravene må anvendes uten forskjellsbehandling, de må være begrunnet i tvingende allmenne hensyn, de må være egnet til å nå formålet de forfølger og de må ikke gå lenger enn nødvendig for å oppnå formålet.<sup>296</sup> Vurderingen er i tråd med den generelle læren i EU/EØS-retten under traktatens regler om de fire friheter.<sup>297</sup> For Norges del må det samme antas å følge av de likelydende reglene i EØS-avtalen. I tillegg vil likebehandlingsprinsippet i LOA § 5 også måtte tolkes i tråd med våre forpliktelser etter EØS-avtalen.<sup>298</sup>

Det er gode grunner for å sette grenser for hvilke tekniske spesifikasjoner oppdragsgiver kan fastsette. Oppdragsgiver har en relativt vid skjønnsmargin for å fastsette de tekniske spesifikasjonene. Denne er likevel begrenset av reglene om fri bevegelse i den generelle EU-retten og de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten.

#### 4.4.2 Formuleringen av spesifikasjonene: Klarhetskravet

De tekniske spesifikasjonene skal utformes på en klar og tydelig måte. Klarhetskravet kommer ikke til eksplisitt uttrykk hverken i anskaffelsesdirektivene eller i de norske anskaffelsesreglene. Det rettslige grunnlaget for klarhetskravet kan sies å følge av likebehandlingsprinsippet, sammen med prinsippet om gjennomsiktighet. I Kommisjonens grønnbok beskrives det slik:

“Ved udarbejdelsen af disse bestemmelser skal de relevante fællesskabsregler dog også overholdes, herunder navnlig principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Dette indebærer bl.a., at det i støtte-materialet klart skal angives, hvilke betingelser og nærmere bestemmelser der gælder for udførelsen af kontrakterne, så de forskellige ansøgere om partnerskabet fortolker dem på samme måde og kan tage hensyn til dem ved udarbejdelsen af deres tilbud.”<sup>299</sup>

Et tilsvarende krav er uttrykt i *Max Havelaar-dommen*, hvor det følger at de tekniske spesifikasjonene må være presise, slik at leverandørene enkelt skal kunne identifisere kontraktens gjenstand. Samtidig må spesifikasjonene være klart angitt slik at alle leverandørene er kjent med oppdragsgivers krav til anskaffelsen.<sup>300</sup> Formålet med et slikt klarhetskrav har to sider. For det første skal det sikre at leverandørene har like muligheter til å utforme sine tilbud, uklare spesifikasjoner er ødeleggende i så måte. Det andre formålet er at klare spesifikasjoner øker sannsynligheten for at ytelsen oppdragsgiver skal anskaffe blir så god som mulig.

---

<sup>296</sup> C-234/03 (Contse) premiss 37,39 og 41.

<sup>297</sup> Sejerstedt (2011) s. 293-296.

<sup>298</sup> Dragsten (2013) s. 350.

<sup>299</sup> KOM (2004) 327 avsnitt 44.

<sup>300</sup> C-368/10 (Max Havelaar) premiss 62.

Selv om klarhetskravet innebærer at oppdragsgiver skal gi leverandørene like muligheter til å utforme sine tilbud er det også grenser for hvor langt oppdragsgiver må gå for å tilpasse seg leverandørene. I *Cartier Dell 'Adda-saken* fra EU-domstolen ble det uttalt at tildelingsprosedyren skal utformes «således at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige bydende kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde».<sup>301</sup> Selv om dommen gjelder tildelingskriterier gjelder det samme klarhetskravet antakelig for kravspesifikasjonene. Dommen viser at det også er grenser for likebehandlingen av leverandørene. Det holder at rimelige opplyste leverandører får like muligheter til å utforme sine tilbud, noe annet ville vært i strid med kravene til effektivitet og forretningsmessighet i anskaffelsesretten.<sup>302</sup>

Adgangen til endringer av spesifikasjonene ble behandlet i en fersk avgjørelse fra EU-domstolen av 16. april 2015. I saken var en dataprosessor spesifisert ved bruk av merkenavn, men modellen det var henvist til var gammel. Oppdragsgiver avviste en leverandør under henvisning til at deres prosessor ikke var «tilsvarende» den nyeste modellen av prosessoren. Domstolen kom til at oppdragsgiver ikke kunne avvise leverandøren som følge av avviket, når dette skyldtes forhold som ikke var nevnt i kravspesifikasjonene.<sup>303</sup> Saken viser at det er snøvert adgang til å foreta endringer i kravspesifikasjonene. I norsk rett er spørsmålet regulert av FOA § 17-2(1). Etter denne kan det foretas endringer, suppleringer og rettelser som ikke er vesentlige. Dette har blitt forstått slik at det er «klart at det ikke kan foretas endringer som er av en slik karakter at de kan påvirke potensielle tilbyderes ønske om, eller mulighet til å delta i konkurransen. Dette for å sikre at hensynene til forutberegnelighet og lik behandling av tilbyderne ivaretas».<sup>304</sup> Vurderingen er utenfor planleggingsfasen og det fører for langt å gå nærmere inn på den her.

Klagenemndas avgjørelse i *Handicare AS* viser at selv om det er et relativt strengt klarhetskrav så kan kravspesifikasjonene leses i kontekst. Avgjørelsen gjaldt en spesifikasjon som var gruppert sammen med en rekke minstekrav. Nemnda uttalte først at minstekrav er absolutte. Samtidig tilsier klarhetskravet at spesifikasjonene skal være entydige og ikke til å misforstå, i konkurransegrunnlagets «spørsmål og svar» kom det etter forespørsel fra en leverandør frem at dette kravet ikke var ufravikelig.<sup>305</sup> Ved vurderingen av om klarhetskravet er oppfylt kan man altså se ut over selve spesifikasjonene. Etter likebehandlingsprinsippet bør man likevel

---

<sup>301</sup> Sak C-42/13 (*Cartier Dell 'Adda*) premiss 44.

<sup>302</sup> Det samme er slått fast i norsk rett. Se RG.2005.469.

<sup>303</sup> Sak C-278/14 (*SC Entreprise Focused Solutions*) premiss 28-30.

<sup>304</sup> Klagenemndas sak 2011/242 (*Ambulansebåt*) premiss 44, det er mulig å trekke paralleller til EU-domstolens lære om vesentlige endringer i kontraktsfasen jf. sak C-454/06 (*Pressetext*).

<sup>305</sup> Sak 2013/139 (*Handicare AS*) premiss 31-33.



ikke strekke dette for langt. Det klare utgangspunktet må fremdeles være i kravspesifikasjonene.

Avgjørelsene viser at oppdragsgiver må utforme kravet på en slik måte at det er minst mulig tvil om hva oppdragsgiver mener. Det må ikke utelates informasjon som vil ha betydning for leverandørene. Kravene bør også være endelige, slik at det ikke kommer overraskelser for leverandørene underveis. Klarhetskravet er ikke nærmere angitt hverken i direktivet eller i de norske anskaffelsesreglene. Det er likevel noe oppdragsgiver må forholde seg til med bakgrunn i likebehandlingsprinsippet og det underliggende kravet til forutberegnelighet.

#### 4.4.3 Konkurransbegrensende spesifikasjoner

##### 4.4.3.1 Innledning

Kravet om at de tekniske spesifikasjonene ikke må være diskriminerende eller konkurransevridende kommer opprinnelig fra EU-traktatens regler om fri bevegelighet. Traktatens forbud mot forskjellsbehandling gjelder først og fremst for de direkte diskriminerende spesifikasjonene. Et eksempel på dette så vi i *Storebælt-saken* hvor oppdragsgiver i anbudsdokumentene hadde en klausul som påla leverandøren i størst mulig omfang å benytte seg av danske materialer og arbeidskraft. Materialklausulen var i strid med traktaten fordi den var direkte diskriminerende og ikke begrunnet i et av formålene som traktaten listet opp. Spesifikasjoner vil også kunne utgjøre restriksjoner i strid med traktatens regler. For at disse skal være lovlige må de være begrunnet i læren om tvingende allmenne hensyn, være egnet til å sikre sitt uttalte formål og ikke gå lenger enn nødvendig for å oppfylle dette målet.<sup>306</sup> Altså en klassisk EU-rettslig restriksjonsvurdering.

De tekniske spesifikasjonene skal etter anskaffelsesdirektivets artikkel 42 nr. 1 fastsette de egenskapene som kreves av varen eller tjenesteytelsen. Bestemmelsen sier ikke noe om hvordan kravene formuleres. De kan utformes som absolutte minimumskrav, eller krav som oppdragsgiver ønsker at skal være oppfylt. Artikkel 42 nr. 2 etablerer som nevnt det generelle kravet til likebehandling ved utformingen av de tekniske spesifikasjonene.<sup>307</sup> Bestemmelsen lyder som følger:

”2. De tekniske spesifikasjoner giver de økonomiske operatører mulighed for lige adgang til udbudsproceduren, og må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at offentlige udbud åbnes for konkurrence.”<sup>308</sup>

---

<sup>306</sup> C-234/03 (Contse) premiss 37,39 og 41 og Poulsen (2011) s 273-274.

<sup>307</sup> Artikkel 42. nr. 2 er i norsk rett gjennomført i LOA § 5 (5)(b) og FOA §§ 3-1(5) og 17-3.

<sup>308</sup> Det er verdt å merke seg at tilsvarende bestemmelse som artikkel 42 nr. 2 ikke er tatt med i departementets forslag til ny anskaffelsesforskrift. Dette på tross av at både det nye og det gamle direktivet hadde en slik be-

Bestemmelsen uttrykker likebehandlingsprinsippet for tekniske spesifikasjoner, samtidig som den forbyr spesifikasjoner som skaper ubegrunnede hindringer i konkurransen. I det følgende vil jeg først gjøre rede for bestemmelsens nærmere innhold, og deretter vil jeg vurdere hvilke grenser likebehandlingsprinsippet og de andre grunnleggende prinsippene setter for utformingen av spesifikasjonene.

#### 4.4.3.2 *Rettslig grunnlag*

Kravet til likebehandling i artikkel 42. nr. 2 tilfører antakelig ikke noe mer enn det som følger av det generelle likebehandlingsprinsippet.<sup>309</sup> Reglen gir uttrykk for hvordan likebehandlingsprinsippet skal forstås for kravspesifikasjoner. Samtidig vil den kunne bli supplert av det generelle prinsippet. I tillegg har regelen en symboleffekt. Lovgiver påpeker at det er spesielt viktig å ta hensyn til prinsippet.

Spørsmålet blir først hva som ligger i at hindringen ikke må være «ubegrunnet»?<sup>310</sup> Av ordlyden kan det virke som om kravene som stilles til begrunnelsen er ganske små. Det godtas at de tekniske spesifikasjonene hindrer konkurransen så lenge det finnes en eller annen form for begrunnelse for disse. Denne forståelsen av bestemmelsen vil ikke være riktig. Begrunnelsen må på en eller annen måte være kvalifisert. Den må for det første være i tråd med de generelle anskaffelsesrettslige prinsippene. Begrunnelsen kan for eksempel ikke være av en sånn art at den bryter med likebehandlingsprinsippet. Det kan også tenkes at begrunnelsene bør ha samme karakter som de andre unntakene i anskaffelsesreglene, at de er basert på praktiske forhold. Altså der hvor det er nødvendig for oppdragsgiver fordi han ikke kan angi spesifikasjonen på noen annen måte.<sup>311</sup> Et eksempel på dette er unntaket i direktivets artikkel 42 nr. 4 som tillater å vise til bestemte merker dersom det ikke er mulig for oppdragsgiver å spesifisere anskaffelsen på en merkenøytral måte.<sup>312</sup>

Etter bestemmelsen må oppdragsgivers handling altså utgjøre en «hindring» for leverandørens muligheter i konkurransen. Etter sin ordlyd kan det virke som om det kreves ganske mye, for eksempel at leverandøren ikke får mulighet til å delta, eller får vesentlig forverret sine konkurransebetingelser. Steinicke mener at dette må være en uriktig forståelse av bestemmelsen.

---

stemmelse og den var uttrykt i den gamle forskriftens § 17-3 (2). Bestemmelsen er også fjernet uten at departementet har kommentert dette nærmere.

<sup>309</sup> Arrowsmith (2005) s. 1143.

<sup>310</sup> Anskaffelsesforskriftens § 17-3(2) gjennomfører direktivbestemmelsen dette følger av NOU 2014:4 s. 176. I § 17-3(2) brukes uttrykket «unødvendig hindring». I den engelske direktivbestemmelsen brukes uttrykket «unjustified obstacles». Det er tvilsomt om det er noen vesensforskjell mellom disse.

<sup>311</sup> Steinicke (2008) s. 706.

<sup>312</sup> Se underkapittel 4.3.4.

Han hevder at det må legges mindre i begrepet og begrunner det med at den må leses i samme kontekst som reglene om tekniske spesifikasjoner og anskaffelsesdirektivet generelt.<sup>313</sup> Artikkel 42 nr. 2 er en av bestemmelsene i direktivet med konkurranserettslig tilsnitt.<sup>314</sup> Uttrykket «hindring» blir brukt i flere lignende bestemmelser. Spørsmålet blir om det bør forstås i samme kontekst som andre konkurranserettslige bestemmelser i direktivet.

Et eksempel med en lignende ordlyd er fortalen til det gamle anskaffelsesdirektivets premiss 8 som regulerte teknisk dialog. Etter denne var rådgivning tillatt så lenge konkurransen ikke ble «forhindret». Dette begrepet har blitt tolket utvidende, slik at uttrykket omfatter flere situasjoner enn ordlyden skulle tilsi. Regelen har blitt endret i det nye direktivets artikkel 41, og det sentrale der er at konkurransen ikke «fordrejes».<sup>315</sup> Harmoni i konkurranseuttrykkene i anskaffelsesreglene kan kanskje tale for en slik forståelse.

Det er antakelig mest nærliggende å si at uttrykket bør forstås i tråd med lignende bestemmelser i direktivet. Virkningen av en slik forståelse er uansett at det skal mindre til for å hindre konkurransen og at det dermed skal mindre til før spesifikasjonene strider med bestemmelsen.

#### 4.4.3.3 Når er spesifikasjonene konkurransebegrensende?

I praksis kommer spørsmålet om de tekniske spesifikasjonene er konkurransebegrensende sjelden på spissen. Grensen kan best illustreres av en del typesituasjoner med bakgrunn i konkrete eksempler fra praksis. I praksis er den avgjørende delen av vurderingen ofte om det er saklig grunn for begrensningen. Også her er det lite praksis fra EU, men *Brink's Security-saken* fra Underretten er illustrerende.

Det sentrale spørsmålet i saken var om den eksisterende leverandøren ble forskjellsbehandlet fordi den ikke fikk uttelling for sine særlig kvalifiserte ansatte. Brink's Security (Brink's) leverte fra 1970-tallet til 2005 sikkerhetstjenester til alle Europakommisjonens lokaler. Da avtalen løp ut, måtte tjenesten igjen konkurranseutsettes. Den nye kontrakten skulle løpe fra januar 2006. Brink's vant ikke frem i denne konkurransen. I konkurransegrunnlaget var det angitt et minimumskrav om ett års ansiennitet for de ansatte, altså en teknisk spesifikasjon i direktivets forstand. Brink's hadde ansatte med mange års erfaring som dermed overoppfylte ansiennitetskravet. Andre leverandører kunne ansette relativt uerfarne folk til å utføre arbeidet. Brink's mente at dette medførte brudd på likebehandlingsprinsippet fordi selskapet fikk betydelig høyere lønnskostnader. Selskapet hadde egentlig en konkurransefordel ved sine er-

---

<sup>313</sup> Steinicke (2008) s. 706-707.

<sup>314</sup> Graells (2011) s. 270.

<sup>315</sup> Se underkapittel 3.4.2.

farne arbeidstakere, men kravspesifikasjonene gjorde det til en ulempe.<sup>316</sup> Underretten fremhevet at kravet om minimum ett års ansiennitet gjaldt likt for alle leverandørene. Kravet var heller ikke upassende i forhold til den tjenesten som skulle utføres. Erfaring er viktig for de som skal utføre vaktholdstjenester. Dommen illustrerer at krav til praksis av et bestemt omfang var saklig begrunnet der hvor det er behov for en viss erfaring i stillingen.

Underretten påpekte også at kravet var gjennomført gjennom alle spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget. Det ble for eksempel stilt krav om flere års erfaring for ansatte i ledende stillinger.<sup>317</sup> Dette er et krav til *konsistens* i de tekniske spesifikasjonene. Dersom denne konsistensen ikke hadde vært tilstede kunne spesifikasjonen vært i strid med likebehandlingsprinsippet. Underrettens konklusjon var derfor at kravet om minimum ett års ansiennitet ikke var i strid med likebehandlingsprinsippet.<sup>318</sup>

I klagenemndas sak *Lekolar AS* hadde oppdragsgiver tatt inn et absolutt krav om at leverandørene skulle levere tilbud på sine «mest solgte produkter/merker». Klagenemnda fant at dette var konkurransebegrensende fordi det ville gjøre det vanskeligere for helt nye produkter og merker å komme inn på markedet.<sup>319</sup>

Forskjellsbehandling som beskrevet over kan likevel være lovlig såfremt den ikke er «ubegrunnet». Dette er som allerede nevnt et krav til kvalifisert, saklig eller objektiv begrunnelse for oppdragsgivers handlinger.<sup>320</sup> I *Bergen-Nordhordaland rutelag* var det et krav om at båter som skulle benyttes i fergetjenesten måtte være bygget senere enn 2006 og 2009. Et slikt alderskrav vil som utgangspunkt utgjøre forskjellsbehandling av leverandører som har båter som er bygget før 2006. Oppdragsgiver begrunnet alderskravet med at nyere fartøy ville gi en bedre kvalitetsopplevelse, samt mindre vedlikehold og driftsproblemer. I tillegg ville de være mer miljøvennlige. Klagenemnda fant at oppdragsgivers begrunnelse av anskaffelsen var saklig.<sup>321</sup> I *DNB Bank ASA* hadde oppdragsgiver stilt krav om at en del biler som skulle anskaffes måtte klassifiseres som «minibiler» i statens vegvesens nybilvelger. DNB ble avvist fordi deres bil ikke var i denne klassen. De mente likevel at den var egnet som minibil. Klagenemnda uttalte at det nesten alltid vil kunne oppstå tilfeller hvor en ytelse nesten oppfyller kravene.

---

<sup>316</sup> Sak T-437/05 (Brink's Security) premiss 107.

<sup>317</sup> Sak T-437/05 (Brink's Security) premiss 118-120.

<sup>318</sup> Sak T-437/05 (Brink's Security) premiss 124.

<sup>319</sup> Sak 2013/73 (Lekolar AS) premiss 21.

<sup>320</sup> Mer om kravet til objektiv begrunnelse i underkapittel 2.2.4.

<sup>321</sup> Sak 2010/23 (Bergen-Nordhordaland Rutelag) premiss 40-43.

Dette utgjør i seg selv ikke en begrensning i konkurransen.<sup>322</sup> Avgjørelsen viser at oppdragsgivers behov for å trekke en grense kan være en saklig grunn.

I en kjennelse fra Inntrøndelag tingrett ønsket oppdragsgiver å sette tidspunktet for oppstart kort tid etter tildeling av kontrakten. Det var en ulempe for leverandører som ikke var etablert i regionen. Domstolen la vekt på at oppdragsgiver hadde tilnærmet monopol som kjøper av billediagnostikk i regionen og at oppdragsgiver egentlig avgjorde om virksomheter skulle få drive eller ikke. Det stilles særlig strenge krav til at likebehandlingsprinsippet blir ivaretatt når oppdragsgiver har en slik markedsrett.<sup>323</sup> Det viser at oppdragsgivers stilling i det relevante markedet kan stille strengere krav til oppdragsgivers saklige grunn.

I det samme sporet er klagenemndas avgjørelse i *Quiagen AB*. Der skulle oppdragsgiver, Universitetssykehuset i Nord-Norge, kjøpe analyseinstrument for HPV-diagnostikk med forbruksvarer. Quiagen vant ikke frem i konkurransen og mente at Roche AS, som var den eneste andre leverandøren, var favorisert i kravspesifikasjonene. Nemnda hadde ikke kompetanse til å vurdere om spesifikasjonene var konkurransebegrensende fordi det var et faglig spørsmål og ikke juridisk. Den uttalte likevel innledningsvis i avgjørelsen at det forholdet at det bare er to kjente leverandører i markedet kan innskrenke oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.<sup>324</sup> Forhold ved markedet vil altså kunne ha betydning for vurderingen. Dette er i tråd med vurderingen av oppdragsgivers dialog med markedet. Også der vil antallet konkurrenter i markedet være av betydning.<sup>325</sup>

Bruk av ytelses- og funksjonskrav fremfor detaljerte tekniske spesifikasjoner kan avhjelpe problemet med konkurransebegrensende tekniske spesifikasjoner betraktelig. Grunnen til det er når oppdragsgiver funksjonsbeskriver ytelsen, er det meste av konkrete tekniske løsninger overlatt til leverandørene. Det er dermed mye mindre mulighet for at spesifikasjonene gir enkelte leverandører en særlig konkurransefordel.<sup>326</sup>

#### 4.4.4 Proporsjonalitet

Av anskaffelsesdirektivets artikkel 18 følger det at oppdragsgivere skal handle på en forholdsmessig måte. Dette er det samme kravet som under det gamle direktivet ble utledet av rettspraksis og denne praksisen vil fremdeles være relevant.<sup>327</sup> Prinsippet skal gjelde alle sider

---

<sup>322</sup> Sak 2014/17 (DNB Bank ASA) premiss 48-50.

<sup>323</sup> Inntrøndelag tingretts kjennelse av 30. april 2012. Mer om denne i avsnitt 4.5.1.3.

<sup>324</sup> Sak 2012/143 (Quiagen AB) premiss 22.

<sup>325</sup> Se avsnitt 3.4.5.1.

<sup>326</sup> Graells (2011) s. 272.

<sup>327</sup> Arrowsmith (2014) s. 631.

av anskaffelsesprosessen. Prinsippet medfører at oppdragsgiver ikke kan stille krav som er strengere enn det som er nødvendig for å realisere oppdragsgivers formål med anskaffelsen. Formålet må ikke være i strid med likebehandlingsprinsippet. Proporsjonalitetsprinsippet utgjør dermed en skranke for hvilke tekniske spesifikasjoner som kan tillates.<sup>328</sup>

En grunn til at det stilles krav om at de tekniske spesifikasjonene skal være proporsjonale er for å unngå såkalt «Gold Plating». Det innebærer at oppdragsgiver stiller unødvendig høye krav til det som skal anskaffes. Det behøver ikke være noen spesiell grunn til at oppdragsgiver velger en slik tilnærming ut over et ønske om høy faglig kvalitet. En mer illojal grunn kan være et ønske om å velge en bestemt leverandør som er høyt kvalifisert. Leverandøren vil da være den eneste som kan oppfylle de strenge spesifikasjonene. Slike høye krav begrenser selvfølgelig antall leverandører som kan delta, uavhengig av hva som er formålet med spesifikasjonene. Dette vil igjen være negativt for konkurransen. I tillegg vil det sette selve hovedformålet med anskaffelsesreglene i fare, nemlig å sørge for at offentlige oppdragsgivere opptrer rasjonelt. Dette må anses som gode grunner for å sette grenser for hvilke tekniske spesifikasjoner oppdragsgiver kan fastsette, også selv om oppdragsgiver har en vid skjønnsmargin for å fastsette de tekniske spesifikasjonene.<sup>329</sup>

Klagenemndas sak *Webjuristene AS* illustrerer grensene proporsjonalitetsprinsippet setter for oppdragsgivers angivelse av de tekniske spesifikasjonene. I saken skulle oppdragsgiver inngå en rammeavtale for kjøp av juridiske tjenester. I konkurransegrunnlaget ble det spesifisert at leverandøren måtte ha personell ansatt med bevilling for å drive advokatvirksomhet. Webjuristene mente at dette kravet var i strid med likebehandlingsprinsippet og at det ikke hadde et objektivt og saklig grunnlag. Klagenemnda presiserte først at kravet må forstås som et «minstekrav til ytelsen» og ikke et kvalifikasjonskrav slik Webjuristene hevdet.<sup>330</sup> I vurderingen så klagenemnda på oppdragsgivers formål med spesifikasjonen. Det var her både behov for juridisk kompetanse og assistanse fra en person med «god kjennskap til advokatrollen som sådan». Personen skulle være oppdragsgivers representant i forhandlinger, men også opptre som prosessfullmektig i tvistesak dersom det skulle være nødvendig. Klagenemndas konklusjon var at kravet om advokatbevilling ikke var uforholdsmessig ut i fra innklagedes behov.<sup>331</sup>

Webjuristene mente også at de kunne ivareta disse funksjonene ved å bruke en underleverandør med advokatbevilling. Selv med denne forutsetningen fant klagenemnda at spesifikasjonen var proporsjonal. Begrunnelsen var blant annet at det ville være fordyrende, man ville

---

<sup>328</sup> NOU 2014:4 s. 176.

<sup>329</sup> Graells (2011) s. 273.

<sup>330</sup> Sak 2008/84 (Webjuristene AS) premiss 24.

<sup>331</sup> Sak 2008/84 premiss 29.

risikere at kritisk kompetanse og erfaring ikke fantes og at det ville medføre lengre reaksjonstid.<sup>332</sup> Klagenemnda har i etterfølgende praksis brukt avgjørelsen som begrunnelse for at oppdragsgivers faglige skjønn skal veie tungt når det gjelder krav til faglig og teknisk kapasitet.<sup>333</sup>

Kravet til proporsjonale tekniske spesifikasjoner medfører ikke at oppdragsgiver ikke kan ta hensyn til kvalitetsforskjeller hos leverandørene. Det kan også skje ved å bruke tildelingskriteriene på en slik måte at kvalitet verdsettes høyt. Oppdragsgiver vil kunne bruke «[d]et økonomisk mest fordelagtige tilbud»<sup>334</sup> og dermed premiere tilbud av høyere kvalitet, slik at disse kan konkurrere med tilbudene hvor ytelsen har lavere kvalitet.<sup>335</sup>

## **4.5 Oppdragsgivers plikter etter likebehandlingsprinsippet**

### **4.5.1 Utjevning av bestemte leverandørers konkurransefordeler**

#### **4.5.1.1 Innledning**

Oppdragsgiver kan få en plikt til å utjevne leverandørers konkurransefordeler. For de tekniske spesifikasjonene oppstår konkurransefordelene typisk når enkelte leverandører befinner seg i en fordelaktig situasjon sammenlignet med de andre. Dette kan være en tidligere leverandør, altså den som har levert den samme varen eller tjenesten til oppdragsgiver tidligere, eller det kan være en leverandør som er etablert der hvor varen eller tjenesten skal leveres. Spørsmålet i det følgende er når oppdragsgiver må utjevne den tidligere leverandørens konkurransefordel og hvor langt utjevningsplikten strekker seg.

Det rettslige grunnlaget for kravet til at oppdragsgiver skal utjevne leverandørens konkurransefordeler er ulovfestet. Kravet har blitt utviklet med grunnlag i likebehandlingsprinsippet gjennom praksis fra EU-domstolen og er fulgt opp i nasjonal rett. Dette viser altså at likebehandlingsprinsippet blir brukt som selvstendig rettslig grunnlag.

En grunnleggende avgjørelse er *Evropaiki Dynamiki-saken*. I saken hadde CORDIS, et organ i EU-systemet, innledet en konkurranse for drift av et IT-system knyttet til forskning og innovasjon. Det ble krevet at vinneren av konkurransen skulle ha en tre måneder lang innkjøringsperiode med opplæring i systemet. Denne perioden ville ikke være betalt. Evropaiki Dynamiki mente dette ville være i strid med likebehandlingsprinsippet. Begrunnelsen var at tidligere leverandør ville få betalt i denne perioden fordi deres eksisterende kontrakt ikke var utløpt.<sup>336</sup>

---

<sup>332</sup> Sak 2008/84 premiss 28-29.

<sup>333</sup> Se blant annet klagenemndas sak 2009/110 premiss 47.

<sup>334</sup> Artikkel 67 nr. 2.

<sup>335</sup> Graells (2011) s. 274.

<sup>336</sup> Sak T-345/03 (Evropaiki Dynamiki) premiss 7-9.

Kravet om innkjøringsperiode gjaldt likt for alle leverandører, og utgjorde i seg selv ikke forskjellsbehandling. Det at innkjøringsfasen ikke ville være betalt stilte saken annerledes. Underretten uttalte at innkjøringsfasen ville være i leverandørens egen interesse og fant at forholdet ikke ville være diskriminerende.<sup>337</sup> Selv om de ikke sier det direkte, må dette være fordi de mente at leverandørene ikke ville være i en sammenlignbar situasjon.<sup>338</sup>

Underretten bemerket at den særlige fordelene ikke skyldes forhold ved oppdragsgivers adferd, men en form for «de facto iboende fordel» for leverandøren. Denne fordelene mente Underretten at det i realiteten er umulig å unngå. Underretten antydte at likebehandlingsprinsippet ikke innebærer at alle fordeler skal utlignes.<sup>339</sup> Oppdragsgiver må likevel, i så stor utstrekning som mulig, sørge for likebehandling av tilbyderne. Det må skje ved en utligning av fordeler etter en avveining mellom de berørte interesser, men likevel bare der hvor det ikke er alt for krevende å foreta en slik utligning. Vilårene som Underretten skisserer er at det ikke må være økonomisk kostbart og samtidig at det ikke innebærer at den eksisterende leverandørens rettigheter blir tilsidesatt.<sup>340</sup>

Hva betyr dommen for spørsmålet om oppdragsgivers plikt til å utligne leverandørens fordeler? I saken ville oppdragsgiver ikke tilsidesatt eksisterende leverandørs rettigheter ved å gi vinneren betaling i perioden, det ville kun medført doble kostnader for oppdragsgiver. Likevel vil dobbel betaling i tre måneder være i strid med anskaffelsesreglenes målsetning, nemlig å anskaffe nødvendige ytelser på en så rimelig måte som mulig. Dobbelt betaling i den tre måneder lange innkjøringsperioden var dermed «for økonomisk kostbart».<sup>341</sup> Dommen sier likevel lite om hvilke konkrete tiltak som kan kreves iverksatt av oppdragsgiver for å ivareta likebehandlingsprinsippet.

En side av dette er oppe i klagenemndas avgjørelse fra 10. februar 2015 i *Film & Kino-saken*. Oppdragsgiver i saken var Film & Kino, en medlemsorganisasjon for norske kinoer. De arrangerte en konkurranse om en rammeavtale for ytelser i tilknytning til digitale kinotjenester. Klagenemnda fant med bakgrunn i *Evropaiki Dynamiki-saken* at oppdragsgiver har en utjevningsplikt, men at den ikke gjelder enhver konkurransefordel. Det må foretas en avveining av de berørte interesser.<sup>342</sup>

---

<sup>337</sup> Sak T-345/03 (Evropaiki Dynamiki) premiss 68.

<sup>338</sup> Arrowsmith (2014) s. 618.

<sup>339</sup> Sak T-345/03 (Evropaiki Dynamiki) premiss 70.

<sup>340</sup> Sak T-345/03 (Evropaiki Dynamiki) premiss 76.

<sup>341</sup> Sak T-345/03 (Evropaiki Dynamiki) premiss 79.

<sup>342</sup> Sak 2014/24 (Film & Kino) premiss 58.



I den konkrete konkurransen vant den eksisterende leverandøren. En av leverandørene som ikke nådde opp i konkurransen klaget fordi eksisterende leverandør hadde betydelig informasjon om egne eksisterende tekniske løsninger og eget utstyr. De ville dermed ikke ha oppstarts- og påkoblingskostnader ved oppstart av avtalen. Konkurransfordelen var altså knyttet til oppfylling av de tekniske spesifikasjonene.<sup>343</sup>

Oppdragsgiver hadde iverksatt en del tiltak for å dempe leverandørens konkurransefordel. Spørsmålet i saken var om disse tiltakene var tilstrekkelige, eller om oppdragsgiveren skulle ha gjort mer for å utjevne konkurransefordelen. Om de konkrete tiltakene som Film & Kino iverksatte, uttalte klagenemnda at oppdragsgiver for så vidt står fritt i sitt valg av fremgangsmåter for å utjevne leverandørens fordel. Nemnda fant at disse tiltakene var tilstrekkelig for å utjevne eksisterende leverandørs konkurransefordel. Likebehandlingsprinsippet var dermed ivaretatt.<sup>344</sup>

Et spørsmål som ikke blir tatt opp i noen av sakene, er hva som skjer hvis oppdragsgiver misligholder denne plikten til å utjevne. Dersom kontrakten er tildelt i strid med de tekniske spesifikasjonene, kan dette medføre en avlysningsplikt for oppdragsgiver jf. avsnitt 4.5.3 under. Dette gjelder likevel bare så lenge feilen har virket inn på konkurransen. I det følgende skal jeg vurdere konkrete tiltak som oppdragsgiver kan iverksette for å utjevne en leverandørs konkurransefordel og drøfte implikasjoner med disse tiltakene.

#### 4.5.1.2 Informasjon til leverandørene

Oppdragsgiver kan utjevne den tidligere leverandørens konkurransefordel ved å gi de andre leverandørene mer informasjon om det som skal anskaffes. Av *Evropaiki Dynamiki-saken* følger det at «alle tekniske opplysninger, som har betydning for forståelsen af udbudsbekendtgørelsen [...] stilles til rådighed for samtlige de virksomheder, der deltager i en procedure vedrørende indgåelsen af en offentlig kontrakt».<sup>345</sup> Dommen etablerer altså en plikt for oppdragsgiver til å stille informasjon til rådighet for å utjevne eventuelle fordeler i de tekniske spesifikasjonene. Dette har blitt fulgt opp i juridisk teori og omfattende nasjonal praksis. Spørsmålet er videre hva som ligger i denne utjevningsplikten og om det er noen informasjon som ikke må utjevnes.

Informasjonen må være så omfattende at leverandøren har tilstrekkelig grunnlag til å kunne utarbeide sitt tilbud på tilnærmet like vilkår som den eksisterende leverandøren. Det er likevel, som nevnt over, ikke noe krav om at enhver konkurransefordel skal utjevnes.

---

<sup>343</sup> Sak 2014/24 (Film & Kino) premiss 60.

<sup>344</sup> Sak 2014/24 (Film & Kino) premiss 62.

<sup>345</sup> Sak T-345/03 (Evropaiki Dynamiki) premiss 145.

Finnes det noen form for informasjon som oppdragsgiver ikke plikter å gi til de andre leverandørene? I *Evropaiki Dynamiki-saken* presiserte Underretten at utligningen av konkurransefordelen ikke skal skje på bekostning av den eksisterende leverandørens rettigheter. I subsumsjonen ble det lagt vekt på at kildekoder til programvare ikke hadde noen bindinger i form av opphavsrettigheter.<sup>346</sup> Av dette kan man kanskje utlede at Underretten mente at slik informasjon ikke behøver deles til de andre leverandørene. Gode grunner taler for at det samme bør gjelde for bedriftshemmeligheter og lignende kunnskap, men som ikke er beskyttet av opphavsrett. Et argument som trekker i samme retning er at dersom slik informasjon må overleveres til de andre leverandørene, fjerner man utviklernes insentiv til å utvikle slik informasjon. Dette medfører at oppdragsgiver får en dårligere tjeneste fordi den eksisterende leverandøren er redd for å måtte gi fra seg verdifull informasjon. Der hvor det finnes slike rettigheter vil oppdragsgiver antakelig slippe å måtte utlevere denne informasjonen til de andre leverandørene.<sup>347</sup> Etter direktivet kan oppdragsgiver unnta informasjon fra kunngjøring som er til skade for private aktørers legitime økonomiske interesser.<sup>348</sup> Denne gjelder kunngjøring som skal skje ved inngåelse av kontrakter, men illustrerer at direktivet åpner for å unnlate å dele forretningssensitiv informasjon en leverandør sitter med.<sup>349</sup>

I *Making Waves-saken* var et av tildelingskriteriene kjennskap til «SiteED», et datarammeverk utviklet av den eksisterende leverandøren. I slike situasjoner vil informasjon om dette rammeverket selvfølgelig måtte formidles til de andre leverandørene for å unngå brudd på likebehandlingsprinsippet.<sup>350</sup> Saken ville antakelig vært annerledes om det i konkurransegrunnlaget var lagt opp til en mer åpen løsning, for eksempel ved angivelse av ytelses- og funksjonskrav. Da ville spørsmålet ikke ha kommet på spissen. Dette viser at måten oppdragsgiver utformer konkurransegrunnlaget på, vil ha betydning for hvilken plikt oppdragsgiver får til å levere ut informasjon til leverandørene. Saken viser også at oppdragsgiver ikke kan henvise de andre leverandørene til en konkurrent for å få informasjon.<sup>351</sup>

#### 4.5.1.3 Gi bedre tid til leverandørene

Det er tre forskjellige måter oppdragsgiver kan utjevne en leverandørs tidsfordel. Den første måten er å gi leverandørene en forlenget tilbudsfrist. Den andre er å la det gå lenger tid fra

---

<sup>346</sup> Sak T-345/03 (*Evropaiki Dynamiki*) premiss 159.

<sup>347</sup> Dette er selvfølgelig helt i tråd med begrunnelsen for at man har slike rettigheter. Formålet er å sikre investeringsvilje.

<sup>348</sup> Artikkel 50 nr. 4.

<sup>349</sup> Graells (2011) s. 191.

<sup>350</sup> Sak 2004/46 (*Making Waves*) premiss 28.

<sup>351</sup> Sak 2004/46 (*Making Waves*) premiss 26 se også sak 2014/66 premiss 49. Mer om dette i avsnitt 3.4.3.4.

tildeling til oppstart av kontrakten. Den tredje gjelder kontraktens varighet. For at spørsmålet skal bli aktuelt må de tekniske spesifikasjonene ha gitt en av leverandørene en konkurransefordel i tid.

Den *første* måten vil være å gi leverandørene en forlenget tilbudsfrist. Fristen kan uansett ikke settes kortere enn den minimumsfristen som er fastsatt i direktivet. Som hovedregel varierer denne mellom 30 og 35 dager, avhengig av konkurranseform.<sup>352</sup> Det kan likevel kreves at fristen settes lenger enn minimumsfristen, oppdragsgiver må vurdere kontraktens kompleksitet og hvor mye tid som kreves for å utarbeide tilbudene.<sup>353</sup> Av fortalen følger det derimot at for å sikre effektive anskaffelsesprosedyrer skal fristene være så korte som mulig, så lenge det ikke begrenser deltakelsen.<sup>354</sup> Her ser vi to grenser for oppdragsgivers skjønnsfrihet, lovgiver legger altså føringer på oppdragsgivers balansering av likebehandlingsprinsippet og kravene til effektivitet og konkurranse.

Det er ikke bare forhold som vedrører selve kontrakten som kan dras inn i denne vurderingen, også forhold i tilknytning til konkurransen kan være relevante. Oppdragsgiver kan, når fristen skal fastsettes, ikke bare ta utgangspunkt i den leverandøren som har best forutsetninger, særlig ikke når dennes konkurransefordel skyldes at den er eksisterende leverandør til ytelsen.<sup>355</sup>

Tilbudsfristens lengde blir behandlet i klagenmendas avgjørelse i *VHF Communication*. Konkurransen gjaldt en rammeavtale for levering av varer og tjenester i forbindelse med utbyggingen av det norske nødnettet. Selskapet Siemens leverte allerede en del tjenester i forbindelse med nettverket til dette nødnettet. Siemens hadde derfor en særskilt kjennskap til de tekniske spesifikasjonene som de andre leverandørene ikke hadde. De prekvalifiserte leverandørene fikk tilsendt konkurransegrunnlaget 15. desember og innleveringsfristen var 10. januar. Klagenemnda kom til at denne fristen var så kort at den utgjorde et brudd på likebehandlingsprinsippet. Det ble blant annet vektlagt at oppdragsgiver ikke hadde noen særskilt begrunnelse for den korte fristen og at anskaffelsen var meget komplisert.<sup>356</sup>

Den *andre* måten oppdragsgiver kan utjevne konkurransefordeler ved å gi lenger frister er ved å utvide tiden fra tildeling til leveringen skal skje. Dette er tiden leverandøren har på å oppfylle kravspesifikasjonene. Utsatt oppstartsfrist er særlig aktuelt hvor kontrakten vil kreve en del arbeid og det er investeringskostnader før kontrakten kan påbegynnes. Typisk der hvor leve-

---

<sup>352</sup> Artikkel 27-30.

<sup>353</sup> Artikkel 47 nr. 1.

<sup>354</sup> Jf. punkt 80 i fortalen til anskaffelsesdirektivet.

<sup>355</sup> Steinicke (2008) s. 1014.

<sup>356</sup> Sak 2007/77 (VHF Communication) premiss 41-43.

randøren må være etablert på stedet for levering eller leverandøren må ha spesielt utstyr til å utføre arbeidet. Eksisterende leverandør og allerede lokalt etablerte leverandører vil antakelig, helt eller delvis, slippe denne typen arbeid og kostnader.

Det overordnede spørsmålet er når tidspunktet oppdragsgiver har satt for levering utgjør et brudd på likebehandlingsprinsippet. Dersom oppstartsfristen er for kort må fordelene utjevnes.

En sak fra Inntrøndelag tingrett behandler flere av disse spørsmålene. I saken skulle Helse Midt-Norge (HMN) inngå rammeavtale for levering av billeddiagnostiske undersøkelser for en periode fra 2011 til 2015. I henhold til konkurransegrunnlaget ville signering av kontrakten tidligst skje medio februar 2012 og forutsatt leveringsstart var 1. april 2012. Det vil si at det kun var en periode på 5-6 uker fra kontraktsignering til leverandørene måtte være operative i henhold til sine tilbud. Unilabs var en av leverandørene, selskapet krevet midlertidig forføyning for å stanse anskaffelsesprosedyren. En av påstandene var at den korte oppstartfristen var i strid med likebehandlingsprinsippet. Begrunnelsen var at bare leverandørene som allerede var etablert i regionen med utstyr og lokalisering kunne ta risikoen med å levere inn tilbud.<sup>357</sup>

Fristens utgangspunkt er i de aller fleste tilfeller når leverandørene med sikkerhet kan igangsette forberedelsesarbeidet. Begrunnelsen for dette er at det vil medføre en betydelig risiko for leverandørene å foreta investeringer uten sikkerhet for at de får oppdraget. Det kan likevel tenkes at arbeidet kan igangsettes tidligere i spesielle tilfeller.

Spørsmålet er videre hvor lang frist som må settes. Et mulig utgangspunkt kan være hvor lang tid en alminnelig kvalifisert leverandør ville brukt på å etablere seg.<sup>358</sup> Man bør samtidig være forsiktig med denne typen analyser fordi det er vanskelig å si noe nøyaktig om en alminnelig kvalifisert leverandør.<sup>359</sup> I saken fra Inntrøndelag tingrett måtte fristen ta hensyn til hvor lang tid det ville ta å etablere et fullfaglig røntgeninstitut. Konklusjonen var derfor at tiden fra kontraktsignering til oppstart var for kort.<sup>360</sup> Et annet eksempel er der hvor virksomheten som skal utføres trenger en eller annen form for tillatelse. Fristen må i disse tilfellene settes så lang at potensielle leverandører rekker å søke og innhente tillatelse.<sup>361</sup> Avgjørelsene viser at kravet til fristens lengde må ta utgangspunkt i arbeidet og investeringene som må gjøres. Videre er

---

<sup>357</sup> Inntrøndelag tingretts kjennelse av 30. april 2012.

<sup>358</sup> Sml. C-42/13 (Cartier Dell 'Adda) premiss 44 med videre referanser hvor Domstolen brukte en rimelig opplyst leverandør som utgangspunkt for klarhetskravet.

<sup>359</sup> Graells (2011) s. 307.

<sup>360</sup> Inntrøndelag tingretts kjennelse av 30. april 2012.

<sup>361</sup> Danske KfU 22.nov 2004, Dansk Restproduktthåndtering.

det i hvert fall mulig å bruke et anslag på hvor lang tid en alminnelig kvalifisert leverandør ville ha brukt på å gjennomføre forarbeidene.

Vurderingen av hensiktsmessig tidspunkt for oppstart er som utgangspunkt innenfor det innkjøpsfaglige skjønn. Domstolene kan likevel overprøve dette med bakgrunn i de grunnleggende prinsippene. I saken fra Inntrøndelag tingrett var HMNs begrunnelse for den korte oppstartfristen problemer ved å måtte inngå midlertidig avtale med eksisterende leverandører for å dekke behovet i perioden med den utsatte fristen. Dette kunne være en ulovlig direkteanskaffelse som oppdragsgiver måtte svare for.<sup>362</sup> Tingretten kom til at dette ikke var tilstrekkelig. Det ble lagt vekt på at HMN hadde tilnærmet monopol på billediagnostikk i regionen og at de egentlig avgjorde om virksomheter skulle få drive eller ikke. Det stilles særlig strenge krav til at likebehandlingsprinsippet blir ivaretatt når oppdragsgiver har en slik markeds-makt.<sup>363</sup>

Kravet tingretten stiller til utjevning fremstår som meget strengt. Dette må nok delvis tilskrives den spesielle markedsmakten oppdragsgiver hadde. I andre saker kan det tenkes at utjevningen medfører større kostnader for oppdragsgiver eller at oppdragsgiver har behov for rask levering. Klagenemnda viste i *VHF Communication* at det kan tenkes at oppdragsgiver har en objektiv grunn til å ha en kort tidsfrist, men at det ikke var tilfelle i saken.<sup>364</sup>

Det *tredje* tidsmomentet er av en litt annen art, det gjelder nemlig avtalens varighet. Grunnen til at også denne er aktuell i planleggingsfasen er at det er da oppdragsgiver må bestemme seg for kontraktens varighet. Anskaffelsesdirektivet inneholder ikke noen eksplisitt regulering av kontraktens varighet. Som utgangspunkt er det altså ikke noe i veien for at oppdragsgiver inngår tidsubegrensede avtaler.<sup>365</sup> Det vil si at avtalens varighet er innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. En grunn til dette er at det er kostbart å gjennomføre anskaffelsesprosedyrer. Dersom oppdragsgiver oppdager at avtalen ikke lenger er forretningsmessig kan han likevel få en plikt til å si opp avtalen og starte en ny prosess. For rammeavtaler er det derimot en begrensning, disse kan som hovedregel ikke være lenger enn fire år.<sup>366</sup> Oppdragsgivers skjønn er likevel til en viss grad gjenstand for kontroll. Varigheten kan ikke være i strid med

---

<sup>362</sup> Se klagenemndas sak 2011/220 hvor oppdragsgiver ble ansett å ha foretatt en ulovlig direkteanskaffelse og ilagt en bot for dette forholdet. Det er for øvrig den samme saken som kjennelsen fra Inntrøndelag tingrett, men mot en annen leverandør.

<sup>363</sup> Inntrøndelag tingretts kjennelse av 30. april 2012.

<sup>364</sup> Sak 2007/77 (*VHF Communication*) premiss 25 og 43. Saken gjaldt frist for innlevering av tilbud, men er likevel illustrerende.

<sup>365</sup> Sak C-454/06 (*Pressetext*) premiss 74.

<sup>366</sup> Artikkel 33 nr. 1.

den frie bevegeligheten for varer og tjenester i EU/EØS og heller ikke de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten, herunder kravene til konkurranse og forretningsmessighet.<sup>367</sup>

Både lange og korte avtaleperioder vil kunne være i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten. I *Bergen-Nordhordland Rutelag-saken* hadde avtalen en varighet på 10 år. Spørsmålet var om denne perioden var så lang at det var i strid med kravene i LOA § 5. Klagenemnda uttalte at:

«I en slik vurdering må avtalens konkurranseregulerende effekt vurderes ut fra hvilke andre hensyn som kan tilsi at kontrakten må gjelde for et lengre tidsrom. [...] Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.»<sup>368</sup>

Den samme vurderingen gjelder for så vidt både for korte og lange avtaler. For kontrakter hvor leverandøren må gjøre investeringer for å gjennomføre, vil korte kontraktsperioder kunne gjøre kontrakten lite lønnsom for enkelte leverandører. Det vil også ofte medføre en særlig fordel for eksisterende leverandør som slipper disse kostnadene. Når det gjelder lange kontrakter vil disse kunne medføre at konkurransen blir forbeholdt en leverandør over lengre tid. Det vil ikke være i tråd med de grunnleggende prinsippene med mindre oppdragets art eller innhold tilsier en slik lang varighet. I *Bergen-Nordhordland Rutelag-saken* var behovet for investeringer som krever en lang nedskrivingsperiode og hva som er vanlig i bransjen, relevante momenter i en slik vurdering.<sup>369</sup>

#### 4.5.1.4 Valg av konkurranseform

De tradisjonelle åpne anbudskonkurransene er ikke spesielt godt egnet til å sørge for å utjevne eventuelle konkurransefordeler. Valg av konkurranseform kan gjøre det enklere for oppdragsgiver å utjevne konkurransefordeler. Selve utjevningen har nær sammenheng med å gi leverandørene mer informasjon, men det kan i tillegg innebære å gi leverandørene tilbakemelding på deres tilbud. I *Film & Kino-saken* uttalte klagenemnda først at oppdragsgiver ved å velge konkurranse med forhandling, kunne gi tilbyderne konkrete tilbakemeldinger slik at tilbudene kunne justeres for å være mer konkurransedyktige.<sup>370</sup>

Samtidig må det kreves mer av oppdragsgiver enn at det velges en konkurranseform som muliggjør tilbakemelding. For at dette skal ha noen virkning må oppdragsgiver faktisk gi tilstrekkelig tilbakemelding til leverandørene med konkurranseulempen. Dette virkemiddelet vil

---

<sup>367</sup> Sak C-454/06 (Pressetext) premiss 75.

<sup>368</sup> Sak 2010/23 (Bergen-Nordhordland Rutelag) premiss 40.

<sup>369</sup> Sak 2010/23 (Bergen-Nordhordland Rutelag) premiss 43.

<sup>370</sup> Sak 2014/24 (Film & Kino) premiss 61.

ikke være til noen hjelp der anskaffelsen er av en slik art at oppdragsgiver ikke kan velge konkurranse med forhandling eller andre konkurransebaserte anskaffelsesformer.

#### 4.5.1.5 Markedstiltak

Oppdragsgiver kan også utjevne eksisterende leverandørs konkurransefordeler ved hjelp av mer markedsmessige tiltak. For eksempel der leverandørenes tilbud er relativt like kan en leverandør bare vinne en bestemt andel av konkurransen. Dette er et egnet tiltak for å utjevne konkurransefordeler den eksisterende leverandøren vil kunne få.

Klagenemndas avgjørelse i *Film & Kino* er et eksempel på dette. I saken var det inntatt en bestemmelse i konkurransegrunnlaget som sa at en leverandør bare kunne vinne 67 % av kontraktene. Det eneste unntaket fra dette var dersom en leverandør var vesentlig bedre enn de andre, da kunne den leverandøren vinne hele markedet. Dette var sammen med to andre virkemidler tilstrekkelig for å utjevne eksisterende leverandørs konkurransefordel.<sup>371</sup> Et slikt avhjelpende tiltak forutsetter likevel at oppdragsgiver kan dele opp kontrakten i flere delkontrakter, dette er ikke mulig i alle tilfeller.

Leverandøren som leverer det beste tilbudet, men som likevel bare vinner en del av de totale kontraktene kan tenkes å påstå at det er i strid med likebehandlingsprinsippet. Men overfor eksisterende leverandør kan det løses ved å si at de ikke er i sammenlignbare situasjoner. Overfor en annen leverandør vil oppdragsgiver kunne forsøke å begrunne det med et ønske om at kontraktene spres til flere leverandører. Det er mer tvilsomt om det argumentet vil holde. Utjevningstiltaket egner seg nok best hvor mye ligger til rette for at eksisterende leverandør vil vinne kontrakten.

#### 4.5.2 Avvisning

Avvisning er i norsk rett obligatorisk dersom leverandørens tilbud inneholder «vesentlige avvik» fra kravspesifikasjonene. Dette følger av FOA § 20-13 (1)(e). Regelen er begrunnet i likebehandlingsprinsippet. Det gjør at leverandøren som har levert det avvikende tilbudet for eksempel kunne ha tatt utgangspunkt i andre forhold enn kravspesifikasjonen og dermed hatt et annet utgangspunkt enn de andre leverandørene.<sup>372</sup> Leverandøren vil i dette tilfellet være i en sammenlignbar situasjon med de andre leverandørene og forskjellsbehandlingen vil ikke være objektivt begrunnet. Det vil derfor utgjøre brudd på likebehandlingsprinsippet. Regelen har en side mot klarhetskravet. Dersom oppdragsgiver formulerer kravspesifikasjonene på en klar og tydelig måte vil det også være lettere å vurdere om det er avvik fra spesifikasjonene.

---

<sup>371</sup> Sak 2014/24 (Film & Kino) premiss 62-63.

<sup>372</sup> Goller (2011) s. 113-114.

Regelen er rettet mot forhold ved selve tilbudet, vurderingen baserer seg i all hovedsak på forhold utenfor planleggingsfasen, blant annet tolkning av tilbudet. Jeg vil derfor ikke gi denne regelen noen fullstendig behandling i avhandlingen. Anskaffelsesdirektivene har ikke en tilsvarende avvisningsregel som FOA § 20-13(1)(e), men det samme må antas å følge av *Storebælt-saken* fra EU-domstolen.<sup>373</sup>

Anskaffelsesregelverket inneholder ingen særskilt avvisningshjemmel ved direktivstridig utforming av kravspesifikasjonene. Dette kan ha sammenheng med at det er oppdragsgiver som har gjort feilen og ikke leverandørene.

#### 4.5.3 Avlysning

Feil ved utformingen av de tekniske spesifikasjonene kan, som vi har sett i avsnittet over, typisk ikke avhjelpes ved at oppdragsgiver avviser en eller flere leverandører. Grunnen til det er at oppdragsgiver har begått feilen og den har betydning for alle leverandørene i konkurransen. Et mer nærliggende virkemiddel er avlysning av hele konkurransen. Avlysning er et omfattende virkemiddel som innebærer at den påbegynte konkurransen ikke blir gjennomført. Etter en avlysning kan oppdragsgiver velge å arrangere konkurransen på nytt eller la være, en beslutning som selvfølgelig vil måtte være i tråd med anskaffelsesregelverket. Oppdragsgiver kan ha en avlysningsrett, men her er det aktuelle spørsmålet om det foreligger en avlysningsplikt for oppdragsgiver.

EU-domstolens avgjørelse i *Wienstrom-saken* er grunnleggende for oppdragsgivers avlysningsplikt. I saken var spørsmålet om oppdragsgiver måtte avlyse konkurransen dersom den nasjonale domstolen fant at et eller flere av tildelingskriteriene var ulovlige. Domstolen bekræftet at det forelå en avlysningsplikt i et slikt tilfelle.<sup>374</sup> Domstolen sier ikke direkte hva som er det rettslige grunnlaget for avlysningsplikten, men det er nærliggende å anta at det er de grunnleggende prinsippene. Avlysningsplikten innebærer at i tilfeller hvor oppdragsgivers feil ikke kan rettes vil dette kunne medføre en avlysningsplikt. Selv om saken gjaldt ulovlige tildelingskriterier har dommen blitt forstått slik at den omfatter alle omstendigheter i konkurransen som ikke kan rettes opp.<sup>375</sup>

Selv om det foreligger brudd på likebehandlingsprinsippet medfører ikke dette nødvendigvis noen avlysningsplikt for oppdragsgiver. Dette illustreres av *Air Liquide-saken*. Lagmannsretten uttalte at det ikke er tvilsomt at feil i konkurransegrunnlaget kan være en saklig grunn til å

---

<sup>373</sup> Sak C-243/89 (*Storebælt*) jf. Goller (2011) s. 113.

<sup>374</sup> Sak C-448/01 (*Wienstrom*) premiss 95 det samme må antas å gjelde for kravspesifikasjoner jf. Dragsten (2013) s. 363.

<sup>375</sup> Bakken (2013) s. 190 og Dragsten (2013) s. 363.



avlyse en anbudskonkurranse. Samtidig vil det være et krav om årsakssammenheng, det vil si at det må påvises at konkurransen kunne fått et annet utfall dersom feilen ikke var begått. Uten slik sannsynliggjøring vil det ikke foreligge noen avlysningsplikt. Dette er blant annet begrunnet i anskaffelsesreglenes formål om effektivitet og god utnytting av samfunnets ressurser. Dersom konkurransen ikke har blitt påvirket av feilen vil det være ressursløsende å avlyse konkurransen og dermed tvinge oppdragsgiver til å begynne på nytt.<sup>376</sup> Dette er et eksempel på at effektivitetshensynet vinner over kravet til likebehandling.

#### **4.6 Sammenfatning**

Kapittelet har tatt for seg utformingen av tekniske spesifikasjoner i anskaffelsens planleggingsfase. Kravspesifikasjonene er regulert i anskaffelsesdirektivets artikkel 42. Bestemmelsen inneholder flere forskjellige regler, og reglene om standarder og forbudet mot bruk av varemerker er uttrykk for likebehandlingsprinsippet.

Reglene om kravspesifikasjoner ender ofte opp i en avveining mellom hensynet til effektivitet og kravet til likebehandling. Dette kommer tydelig frem ved kravet om oppdragsgivers utjevning av leverandørenes fordel i tid. Frister skal settes med hensynet til effektivitet på den ene siden og kravet til likebehandling på den andre. Når det kommer til frister virker det som kravet til likebehandling i stor grad blir ivaretatt, altså at domstolene ikke tillater kortere tidsfrister enn likebehandlingsprinsippet tilsier begrunnet i effektivitetsbetraktninger. Vi har blant annet sett at det ikke er en saklig grunn for kortere frister, at oppdragsgiver må bryte andre anskaffelsesregler og dermed risikerer sanksjoner fra andre leverandører. Samtidig behøver ikke konkurransefordelen å utjevnes fullstendig, det gjør det enklere å finne et balansepunkt.

Unntak fra forbudet mot bruk av merkenavn i kravspesifikasjonene er et eksempel på at effektivitetshensynet «utkonkurrerer» kravet til likebehandling. I norsk rett har det blitt innfortolket et selvstendig unntak som tillater spesifikasjon ved merkenavn i tilfeller hvor byttekostnadene til et annet system vil være store. Denne konkrete problemstillingen illustrer også en mer grunnleggende utfordring, nemlig at slike beslutninger må fattes med tilstrekkelig grunnlag. I situasjoner hvor oppdragsgiver kan fravike likebehandlingsprinsippet bør det stilles strenge krav til at vilkårene for å fravike prinsippet faktisk er tilstede. For eksempel ved å stille strengere krav til oppdragsgivers begrunnelse og dokumentasjon.

I motsetning til rådgiversituasjonen har tekniske spesifikasjoner vært regulert i anskaffelsesdirektivene i lang tid. Behovet for likebehandlingsprinsippet som selvstendig rettsgrunnlag har

---

<sup>376</sup> LE-2011-40623 (Air Liquide) med videre henvisning til Underrettens sak T-345/03 (Evropaiki Dynamiki) premiss 149. Se også sak 2011/171 premiss 61.

av den grunn vært mindre. Samtidig er prinsippet viktig for å utfylle der hvor rettstilstanden ikke er holdbar eller lovgiver ikke har tatt stilling til en konkret problemstilling. Et eksempel er oppdragsgivers plikt til å utjevne konkurransefordeler som følge av kravspesifikasjonene.

Oppdragsgiver står som utgangspunkt fritt til å utforme kravspesifikasjonene. Dette frie skjønn er likevel begrenset av likebehandlingsprinsippet sammen med de andre grunnleggende prinsippene, i tillegg til begrensningene som er fastsatt i artikkel 42. Oppdragsgiver kan altså ikke utforme spesifikasjoner som er i strid med de grunnleggende prinsippene. Her utgjør prinsippene, som selvstendig rettslig grunnlag, en begrensning for utformingen av spesifikasjonene. Dersom spesifikasjoner utformes i strid med dette, kan konsekvensen bli at konkurransen må avlyses. Ettersom dette ikke følger direkte av direktivet vil det være vanskelig for oppdragsgivere å forutse hvilke krav som stilles.

## 5 Avsluttende betraktninger

I avhandlingen har jeg behandlet likebehandlingsprinsippet i anskaffelsens planleggingsfase. Fokuset har vært på de særlige fordelene som leverandørene kan få ved oppdragsgivers forberedelse av anskaffelsen. Fordelene kan være at en bestemt leverandør har fått en kunnskapsfordel eller en fordel i tid. For å vurdere likebehandlingsprinsippet's betydning i planleggingsfasen har jeg behandlet to forskjellige temaer, nemlig fordel gjennom dialog med markedet og fordeler gjennom kravspesifikasjonene. Gjennomgangen har vist hvordan prinsippet brukes i praksis og hvilke utfordringer som oppstår med bruk av prinsippet.

Det materielle innholdet av likebehandlingsprinsippet er av EU-domstolen formulert som at like situasjoner skal behandles likt og ulike ulikt, med mindre det er en objektiv begrunnelse for forskjellsbehandling. Min erfaring er at i flertallet av sakene ikke bruker denne formuleringen. Dette gjelder kanskje særlig norske avgjørelser fra KOFA, men også i EU-domstolen er det mange avgjørelser som ikke formulerer prinsippet slik. Isteden foretar rettsanvenderen en avveining hvor likebehandlingsprinsippet blir tillagt betydning. Et eksempel er når prinsippet er operasjonalisert gjennom konkrete bestemmelser i direktivet. Da har lovgiver gitt anvisning på hvordan det skal brukes. Men også hvor det generelle likebehandlingsprinsippet blir brukt, er det i kildematerialet svært få avgjørelser som bruker EU-domstolens formulering. Av åtte sentrale EU-dommer om markedsdialog og kravspesifikasjoner bruker kun tre av dem formuleringen,<sup>377</sup> mens fem bruker den ikke.<sup>378</sup> En fordel med å bruke formuleringen er at det kan bidra til en ensartet behandling, men det kan også bli kunstig der hvor denne ikke passer.

Likebehandlingsprinsippet kan materialisere seg på flere måter. De tre hovedformene vi har sett i denne avhandlingen er for det første som tolkningsfaktor ved forståelsen av andre bestemmelser i direktivene, for det andre i konkrete direktivbestemmelser og for det tredje at prinsippet brukes som selvstendig rettsgrunnlag.

I planleggingsfasen er det flere eksempler på at det utledes konkrete regler fra likebehandlingsprinsippet. Blant annet oppdragsgivers plikt til å undersøke om det foreligger brudd på reglene om dialog med markedet, oppdragsgivers mulige plikt til å gjennomføre markedsdialog og oppdragsgivers plikt til å utjevne konkurransefordeler oppnådd gjennom kravspesifikasjonene. Prinsippet utgjør også, sammen med de andre grunnleggende prinsippene, grensen

---

<sup>377</sup> Sak C-21/03 (Fabricom), Sak T-160/03 (AFCon) og Sak T-345/03 (Evropaïki Dynamiki).

<sup>378</sup> Sak C-513/99 (Concordia Bus Finland), Sak C-234/03 (Contse), Sak C-368/10 (Max Havelaar), Sak C-42/13 (Cartier dell 'Adda) og sak T-437/05 (Brink's).

for oppdragsgiver utforming av kravspesifikasjonene. I tillegg hadde oppdragsgiver tidligere en avvisningsplikt dersom en rådgiver fikk en urimelig konkurransefordel som følge av dialog med oppdragsgiver i planleggingsfasen.<sup>379</sup>

Konkrete regler utledes altså med likebehandlingsprinsippet som selvstendig rettsgrunnlag. Det er mulig å problematisere om dette er en god rettsstilstand. Det er flere argumenter for at likebehandlingsprinsippet bør brukes som selvstendig rettslig grunnlag. For det *første* kan bruk av likebehandlingsprinsippet bidra til å dekke rettsomme områder, hvilket gjør regelverket mer dynamisk. Det beste eksempelet på dette er utjevningsplikten i direktivets artikkel 41. Etter ordlyden gjelder denne bare tiltak som iverksettes etter at rådgivningen har blitt ytt. Det er flere potensielle utjevningstiltak som kan iverksettes før dette tidspunktet. Likebehandlingsprinsippet kan da brukes som selvstendig rettslig grunnlag for å pålegge oppdragsgiver denne forpliktelsen.

Det *andre* argumentet for likebehandlingsprinsippet som selvstendig rettslig grunnlag er at man ikke trenger å gå veien om langvarige lovgivningsprosesser for å løse aktuelle problemsstillinger. For det *tredje* kan bruk av likebehandlingsprinsippet bidra til å begrense antallet regler på anskaffelsesrettens område. Et rettsområde som mange kanskje mener er for omfattende regulert. For det *fjerde* er partene i anskaffelsesprosessen profesjonelle parter, bare kontrakter over en viss verdi er omfattet av direktivene. Partene har dermed ikke det samme beskyttelsesbehovet gjennom eksplisitt formulerte regler som for eksempel privatpersoner ville hatt. Det siste argumentet må likevel ikke trekkes for langt. Offentlige anskaffelser dreier seg ofte om store verdier og det er dermed mye som står på spill. Uklare regler kan derfor legges til rette for tvister.

Avhandlingen har vist to forskjellige problemer med å bruke likebehandlingsprinsippet som selvstendig rettslig grunnlag. Det første problemet er prinsippets mangelfulle forutsigbarhet for partene i anskaffelsesprosessen. Det andre problemet er at prinsippet kan virke ødeleggende for den frie bevegelsen. I tillegg kan det tenkes et tredje problem knyttet til hvem som anvender regelverket om offentlige anskaffelser.

Det *første* problemet er at konkrete regler utledet fra likebehandlingsprinsippet er lite forutsigbart for partene. Det kan være vanskelig for leverandører, men også for oppdragsgiver selv, å forutberegne rettsstilstanden når det ikke finnes konkrete regler på området. Dette er et generelt problem som oppstår ved bruk av rettslige prinsipper.<sup>380</sup> Likebehandlingsprinsippet på-

---

<sup>379</sup> Denne plikten er nå tatt inn i direktivets artikkel 57 nr. 4 (f) jf. artikkel 41.

<sup>380</sup> Fredriksen (2014) s. 30.

legger for så vidt bare plikter på oppdragsgiver, men det har også betydning for leverandørene. Leverandørene kan for eksempel kreve midlertidig forføyning eller erstatning som følge av oppdragsgivers brudd på likebehandlingsprinsippet. Prinsippets forutsigbarhet er derfor viktig for begge parter i prosessen.

Det kan altså være vanskelig for partene å forholde seg til det konkrete innholdet av prinsippet. Om det materielle likebehandlingsprinsippet, nemlig at like tilfeller skal behandles likt og ulike skal behandles ulikt, uttaler Treumer:

«The Principle of equal treatment is a vague legal standard that in principle only tells us that equal should be treated equally and unequal the opposite. The principle gives the legal subjects a hint but no concrete indications of how the involved interest should be balanced in a given situation. This is poison for legal certainty and highly likely to lead to unfortunate results and interpretations».<sup>381</sup>

Sitatet er en skarp kritikk av bruken av likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesretten. Kritikken kommer i forbindelse med forslaget til nytt anskaffelsesdirektiv hvor et av hovedformålene var en forenkling av regelverket.<sup>382</sup> Tanken var at mye kan forenkles ved å fjerne den detaljerte reguleringen av flere spørsmål, for dermed å overlate løsningen av spørsmål som oppstår til de grunnleggende prinsippene. I realiteten vil dette fort kunne føre til uforutsigbare og uheldige resultater og da blir noe av poenget med forenklingen borte.

Det *andre* problemet med å bruke likebehandlingsprinsippet som selvstendig rettslig grunnlag knytter seg til nasjonal gjennomføring av anskaffelsesreglene. Rettssituasjonen for oppdragsgivers dialog med markedet fra tiden før *Fabricom-dommen* kan illustrere dette. Spørsmålet var ikke regulert i anskaffelsesdirektivene noe som førte til at medlemsstatene hadde svært forskjellige løsninger på problemet. I Belgia måtte oppdragsgiver avvise leverandører som hadde gitt råd til oppdragsgiver i planleggingsfasen, mens i Nederland var slik dialog tillatt. De fleste andre landene valgte en form for mellomløsning.<sup>383</sup> Det er klart at såpass ulik regulering av et enkelt spørsmål ikke legger til rette for fri bevegelse på tvers av landegrensene.

Generaladvokatens uttalelse og kommisjonens innlegg til behandlingen av *Fabricom-saken* viser også at det er vanskelig å gi likebehandlingsprinsippet en ensartet fortolkning. Begge disse høyt kompetente aktørene kom til at den belgiske regelen som forbød rådgivere å delta i den etterfølgende anskaffelsesprosessen *ikke var* i strid med likebehandlingsprinsippet.<sup>384</sup> EU-domstolens konklusjon ble som kjent det motsatte, nemlig at forbudet ikke var proporsjonalt

---

<sup>381</sup> Treumer (2012) s. 148.

<sup>382</sup> KOM/2011/896 Kommisjonens begrundelse pkt. 1.

<sup>383</sup> Priess (2002) s. 168-169.

<sup>384</sup> Generaladvokatens uttalelse i sak C-21/03 (*Fabricom*) premiss 39.

og at den belgiske regelen dermed *var* et brudd på likebehandlingsprinsippet. Innføringen av artikkel 41 i direktivet vil kunne bidra til harmonisering av regelverket. Likevel vil det fremdeles kunne oppstå spørsmål som direktivet ikke har tatt høyde for, det kan altså fremdeles være behov for å bruke likebehandlingsprinsippet som selvstendig rettslig grunnlag.

Det *tredje* problemet ved bruken av likebehandlingsprinsippet som selvstendig rettslig grunnlag er av en litt annen art, det knytter seg til brukerne av regelverket. En stor andel av de som bruker anskaffelsesreglene er antakeligvis ikke-jurister.<sup>385</sup> Det har blitt argumentert for at ikke-jurister ved bruk av rettslige prinsipper i større grad tar inn utenforliggende hensyn, og at de heller velger løsninger i tråd med gode og praktiske resultater.<sup>386</sup>

Bruken av likebehandlingsprinsippet som tolkningsfaktor for andre direktivbestemmelser, og operasjonaliseringen av likebehandlingsprinsippet i konkrete direktivbestemmelser, er ikke på langt nær så problematisk som det å utlede konkrete rettsregler fra prinsippet. Et spørsmål er likevel naturlig å nevne. Vil en operasjonalisering av likebehandlingsprinsippet gjennom konkrete bestemmelser løse problemene som skisseres over?

Formålet med en operasjonalisering av likebehandlingsprinsippet er å gjøre reglene mer forutsigbare. En fordel ved operasjonaliseringen i så måte er at lovgiver dermed gir en anvisning på hvordan prinsippet skal anvendes. Det er mulig å utforme klare regler, men samtidig beholde fleksibilitet ved å ta inn mer skjønnsmessige elementer.

At spørsmål er regulert i direktivet fjerner likevel ikke behovet for de rettslige prinsippene. Det er ikke mulig å lage lovregler som omfatter alle tenkelige situasjoner. Reglene må derfor suppleres av de grunnleggende prinsippene. Selv om spørsmål blir regulert av direktivet vil likebehandlingsprinsippet fremdeles kunne brukes som tolkningsfaktor til de konkrete direktivbestemmelsene. Hvor grensen mellom supplerende tolkning og bruk som selvstendig rettslig grunnlag går er usikkert. Det er en glidende overgang mellom de to og det er ikke nødvendig å lage klart adskilte kategorier. Bruken av prinsippet kan behandles etter hvor den plasserer seg mellom de to ytterpunktene.

Som vi har sett har de to hovedtemaene i avhandlingen vært løst på forskjellig måte. Spørsmål om kravspesifikasjoner har lenge vært regulert i direktivet, mens reglene om dialog med markedet først har blitt regulert i det nye anskaffelsesdirektivet. Behovet for å supplere med det generelle likebehandlingsprinsippet er like fullt til stede for kravspesifikasjonene. Samtidig er

---

<sup>385</sup> Bakken (2013) s. 5 og difi.no (2011).

<sup>386</sup> Kristiansen (2004) s. 61.

reglene som har blitt utformet også uklare.<sup>387</sup> Der hvor reglene må suppleres av likebehandlingsprinsippet er man like langt. Dette er en indikasjon på at operasjonalisering ikke nødvendigvis løser alle ulempene ved bruken av likebehandlingsprinsippet som selvstendig rettslig grunnlag.

Et problem med omfattende operasjonalisering er at man ikke kan lage regler om alt. Anskaffelsesreglene er allerede ansett som et detaljert og komplisert rettsområde, det blir ikke bedre med ytterligere regulering. En del rettslige spørsmål kan også være dårlig egnet for operasjonalisering. En løsning er å lage konkrete bestemmelser på det mest sentrale og overlate mer perifere spørsmål til de grunnleggende prinsippene. Likebehandlingsprinsippet vil uansett kunne supplere eller modifisere konkrete regler dersom de fører galt av sted.

To hensyn som ofte trekker i forskjellig retning er likebehandling og effektivitet. Både for dialogen med markedet og for kravspesifikasjonene er avveiningen mellom disse hensynene viktig. Det er ikke bestandig slik at effektivitet og likebehandling trekker i forskjellige retning. I mange tilfeller vil også det mest effektive være å likebehandle leverandørene.

I anskaffelsesretten blir kravet til likebehandling ofte prioritert foran det som er bedriftsøkonomisk hensiktsmessig.<sup>388</sup> Dette er tilfelle når oppdragsgiver benytter seg av en rådgiver i anskaffelsesprosessen. Effektivitetshensyn tilsier at rådgiveren bør få delta i konkurransen fordi denne vil ha gode forutsetninger til å utforme tilbudet, mens kravet til likebehandling har gjort at oppdragsgiver ikke fritt kan la rådgiveren delta. Under spørsmålet om oppdragsgiver kan ta hensyn til byttekostnadene og spesifisere anskaffelsen ved bruk av merkenavn så vi at effektivitetshensynet vant frem på bekostning av likebehandlingsprinsippet. I den nåværende rettstilstanden er dette likevel et sjeldent eksempel. Både under reguleringen av oppdragsgivers dialog med markedet og utforming av kravspesifikasjonene står likebehandlingsprinsippet sterkt.

I punkt 2 i fortalet til det nye direktivet blir effektiv anvendelse av offentlige midler fremhevet som et sentralt formål med revisjonen. Dette kan tilsi at det skal være adgang til å legge mer vekt på effektivitet, da blant annet på bekostning av kravet til likebehandling.<sup>389</sup> På den annen side er effektiv bruk av offentlige midler et nasjonalt anliggende. Det er derfor mer tvilsomt om EU-domstolen vil følge opp effektivitetsbetraktningene.<sup>390</sup> Om uttalelsen i fortalet blir fulgt opp i praksis gjenstår å se.

---

<sup>387</sup> Steinicke (2008) s. 704.

<sup>388</sup> Simonsen (1997) s. 535-536.

<sup>389</sup> NOU 2014:4 s. 70-71.

<sup>390</sup> Comba (2014) s. 47.

## 6 Litteraturliste

### 6.1 Internasjonale kilder

#### 6.1.1 Konvensjoner

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 1992.
GPA-avtalen	Agreement on government procurement (WTO), Marrakesh 1994.
TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa 2007.

#### 6.1.2 Direktiver

Direktiv 71/305/EØF	Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.
Direktiv 97/52/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter.
Direktiv 2004/18/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkjøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.
Direktiv 2014/24/EU	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

#### 6.1.3 Internasjonal retspraksis

##### 6.1.3.1 EU-domstolen

Tilgjengelige på <http://curia.europa.eu/> og <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Sak C-215/88 Casa Fleischhandels-GmbH Saml. 1989 -02789



Sak C-243/89	Storebælt	Saml. 1993 I-03353
Sak C-389/92	Ballast Nedam Groep I	Saml. 1994 I-01289
Sak C-5/97	Ballast Nedam Groep II	Saml. 1997 I-07549
Sak C-16/98	Kommisjonen mot Frankrike	Saml. 2000 I-0831
Sak C-94/99	ARGE	Saml. 2000 I-1103
Sak C-470-99	Universale Bau	Saml. 2002 I-11617
Sak C-496/99	CAS Succhi di Frutta SpA.	Saml. 2004 I-03801
Sak C-513/99	Concordia Bus Finland	Saml. 2002 I-07213
Sak C-315/01	GAT	Saml. 2003 I-06351
Sak C-448/01	Wienström	Saml. 2003 I-14527
Sak C-394/02	Kommisjonen mot Hellas	Saml. 2005 I-04713
Forente saker C-21/03 og C-34/03	Fabricom	Saml. 2005 I-01559
Sak C-210/03	Swedish Match	Saml. 2004 I-11893
Sak C-234/03	Contse	Saml. 2005 I-09315
Sak C-454/06	Pressetext	Saml. 2008 I-04401
Sak C-213/07	Michaniki	Saml. 2008 I-09999
Sak C-138/08	Hochtief	Saml. 2009 I-09889
Sak C-160/08	Kommisjonen mot Tyskland	Saml. 2010 I-03713
Sak C-368/10	Max Havelaar	ECLI:EU:C:2012:284
Sak C-7/11	Caronna	ECLI:EU:C:2012:396
Sak C-42/13	Cartier dell 'Adda	Ikke trykket
Sak C-477/13	Bayerischen Architektenkammer	Ikke trykket
Sak C-628/13	Lafonta	Ikke trykket
Sak C-278/14	SC Enterprise Focused Solutions	Ikke trykket

### 6.1.3.2 Underretten

Tilgjengelige på <http://curia.europa.eu/> og <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Sak T-160/03	AFCon Management Consultants	Saml. 2005 II-00981
Sak T-345/03	Evropaiki Dynamiki	Saml. 2008 II-00341
Sak T-437/05	Brink's Security	Saml. 2006 II-00021
Sak T-125/06	Centro Studi Antoni Manieri Srl	Saml. 2009 II-00069

### 6.1.3.3 Forslag til afgjørelse fra generaladvokaten

Tilgængelige på <http://curia.europa.eu/> og <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Sak C-63/89 (Assurances du Crédit)	Generaladvokatens forslag til afgjørelse	Tesauros	Saml. 1991 I-01799
------------------------------------	------------------------------------------	----------	--------------------

Sak C-389/92 (Ballast Nedam Groep I)	Generaladvokatens forslag til afgjørelse i	Gulmanns	Saml. 1994 I-01289
--------------------------------------	--------------------------------------------	----------	--------------------

Sak C-513/99 (Concordia Bus Finland)	Generaladvokatens forslag til afgjørelse	Mischos	Saml. 2002 I-07213
--------------------------------------	------------------------------------------	---------	--------------------

Sak C-315/01 (GAT)	Generaladvokatens forslag til afgjørelse	Geelhoed	Saml. 2003 I-06351
--------------------	------------------------------------------	----------	--------------------

Forenede sager C-21/03 og C-34/03 (Fabricom)	Generaladvokatens forslag til afgjørelse	Légers	Saml. 2005 I-01559
----------------------------------------------	------------------------------------------	--------	--------------------

### 6.1.4 Dokumenter fra Kommissionen

Tilgængelig på <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

KOM (96) 623

Ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter. 13. desember 1996.

KOM (2000) 275

Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskon-

	trakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. 10. mai 2000.
KOM (2004) 327	Grønbog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner. 30. april 2004.
KOM (2011) 896	Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb. 20. desember 2011.

## 6.2 Norske kilder

### 6.2.1 Lover og forskrifter

- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967 nr. 10.
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven) av 27. november nr. 109.
- 1999 Lov om offentlige om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) av 16. juli 1999 nr. 69.
- 2006 Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) av 7. april 2006 nr. 402.

### 6.2.2 Forarbeider

- NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser
- NOU 2012:2 Utenfor og innenfor
- NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelses-regelverket

### 6.2.3 Rettspraksis

Rt.2008.1705

RG.2005.469

LB-2008-135286

LH-2009-45911

LB-2010-89858

LB-2010-201985

LE-2011-40623

LB-2013-75034

Inntrøndelag tingretts kjennelse av 30. april 2012 (saksnr. 12-044902TVI-INTR)

### 6.2.4 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Tilgjengelige på <http://www.kofa.no/>

Sak 2003/86 (Media Farm)

Sak 2003/286 (Didac)

Sak 2004/46 (Making Waves)

Sak 2005/296 (Kåre Hagen Byggelederfirma)

Sak 2007/77 (VHF Communication)

Sak 2008/16 (Eik Bygg AS)

Sak 2008/42 (Bjørn Bjørnstad Prosjektering AS)

Sak 2008/84 (Webjuristene AS)

Sak 2009/110 (Norges taxiforbund)

Sak 2009/274 (Asplan Viak AS)

Sak 2010/23 (Bergen-Nordhordland Rutelag)

Sak 2010/54 (SB Transport)

Sak 2011/171 (Norengros Johs. Olsen AS)

Sak 2011/220 (Sunnmøre MR-klinikk AS)

Sak 2011/242 (Ambulansebåt)

Sak 2011/302 (BYFA Bygg for alle AS)

Sak 2012/143 (Quiagen AB)

Sak 2012/144 (BTV innkjøp)

Sak 2012/220 (Maske Gruppen AS)

Sak 2012/238 (Bergen-Nordhordland Rutelag)

Sak 2013/20 (Sintef)

Sak 2013/26 (Lom Biovarme AS)

Sak 2013/73 (Lekolar AS)  
Sak 2013/139 (Handicare AS)  
Sak 2014/17 (DNB Bank ASA)  
Sak 2014/24 (Film & Kino)  
Sak 2014/66 (Sharp Business Systems Norge AS)

## 6.3 Utenlandske kilder

### 6.3.1.1 Utenlandske avgjørelser

Tilgjengelige på <https://erhvervsstyrelsen.dk/klagenævnet-for-udbud>

Danske Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 22. november 2004 (Restprodukt håndtering)  
Danske Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 2. mai 2006 (Danske Arkitektvirksomheder)  
Danske Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 8. desember 2006 (Nethleas)  
Danske Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 24. august 2007 (LSI Metro Gruppen)

## 6.4 Litteratur

De fleste tidsskriftsartiklene er tilgjengelige via <http://www.ub.uio.no>

Arnesen, Finn og Are *Internasjonalisering og juridisk metode*. Oslo 2009.  
Stenvik.

Arrowsmith, Sue *The law of public and utilities procurement*. 3<sup>rd</sup> ed. London 2014.

Arrowsmith, Sue *The law of public and utilities procurement*. 2<sup>nd</sup> ed. 2005.

Arrowsmith, Sue *The Problem of Discussions with Tenderers under the E.C. Procurement Directives: The Current Law and the Case for Reform*. I: Public Procurement Law Review (1998), s. 65-82.

Bakken, Espen og Thomas Nordby *Offentlige anskaffelser*. Bergen 2013.

Barnard, Catherine *The substantive law of the EU*. 4<sup>th</sup>. Ed. Oxford 2013.

- Bovis, Christopher *EU public procurement law*. 2<sup>nd</sup> ed. Elgar European Law. Cheltenham 2012.
- Christensen, Morten Uhrskov *Teknisk dialog – Veje til at opnå markedskendskab*. I: *Aktuel udbudsret*. Karsten Hagel-Sørensen (red.) s. 17-58. København 2011.
- Christiansen, Erling *Analyser og corporate-opdrag i verdipapirforetak Om Chinese Walls og litt til*. I: *Tidsskrift for forretningsjus* (2002), s. 3-17.
- Comba, Mario E. *Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws*. I: *Modernising Public Procurement: The New Directive*. Francois Lichère, Roberto Caranta & Steen Treumer (Eds.) s. 29-48. 2014.
- Craig, Paul og Gráinne de Búrca. *EU Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford 2011.
- Davey, Jonathan. *Procedures involving negotiation in the new Public Procurement Directive: key reforms to the grounds for use and the procedural rules*. I: *Public Procurement Law Review* (2014), s. 103-111.
- de Mars, Sylvia *The limits of general principles: a procurement case study*. I: *Public Procurement Law Review* (2013), s. 316-334.
- Dragsten, Marianne *Offentlige anskaffelser. Regelverk, praksis og løsninger*. Oslo 2013.
- Dragsten, Marianne *Offentlige oppdragsgiveres bruk av eksterne rådgivere i anskaffelsesprosessen*. I: *På rett grunn*. Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (Red.) s. 44-63. Oslo 2010.
- Dragsten, Marianne og Esther Lindalen *Offentlige anskaffelser*. Kommentartutgave Bind I. Oslo 2005.
- Fabricius, Jesper *Offentlige indkøb i praksis*. 2. udgave. København 2012.

- Fredriksen, Halvard  
Haukeland og Gjer-  
mund Mathisen      *EØS-rett.* 2. utg. Bergen 2014.
- Goller, Morten mfl.      Anskaffelsesrett i et nøtteskall. Oslo 2014.
- Goller, Morten      *Vesentlige avvik og forbehold.* I: Tidsskrift for forretningsjus (2011), s. 97-129.
- Graells, Albert Sánchez      *Public procurement and the EU competition rules.* Oxford 2011.
- Graver, Hans Petter      *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper.* I: Tidsskrift for Rettsvitenskap Vol 119 (2006), s. 189-221.
- Graver, Hans Petter      *Habilitet og bruk av rådgivere i offentlige anskaffelsesprosesser.* I: Tidsskrift for forretningsjuss (2005), s. 461-476.
- Høgberg, Benedikte  
Moltumyr      *EØS-rettens betydning for norsk statsrett.* I: Jussens venner (2008), s. 159-178.
- Kristiansen, Bettina  
Lemann.      *Retsprinsipper i retsanvendelsen.* I: Om retsprinsipper Jørgen Dalberg-Larsen og Bettina Lemann Kristiansen(red.) s. 49-80. København 2004.
- Kruger, Kai      «Bukken og havresekken» - *Habilitetsspørsmål ved tildeling av offentlige kontrakter.* I: Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder; Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år. Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.) s. 125-151. Oslo 2010.
- Krugner, Matthias      *The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions.* I: Public Procurement Law Review (2003), s. 181-207.
- Møller, Pernille Skov-  
gaard      *Rådgiverinhabilitet i forbindelse med offentlige udbud.* I: Retsvidenskabeligt Tidsskrift. 2009.
- OECD Public Govern-  
ance Reviews      Public Procurement Review of the State's Employees' Social Security and Social Services Institute in Mexico (2013).

- Poulsen, Sune Troels, Peter Stig Jakobsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg *EU udbudsretten*. 2. udg. København 2011.
- Priess, Hans-Joachim *Distortions of competition in tender proceedings: how to deal with conflicts of interest and the involvement of project consultants*. I: Public Procurement Law Review (2002), s. 153-171.
- Sejersted, Frederik. Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad *EØS-rett*. 3. utg. Oslo 2011.
- Simonsen, Lasse *Prekontraktuelt ansvar*. Oslo 1997.
- Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer *EU's Udbudsdirektiver*. København 2008.
- Thue, Anders, Anne Buan og Kristine Røed Brun *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser*. Oslo 2013.
- Treumer, Steen *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*. København 2000.
- Treumer, Steen *Technical Dialogue and the Principle of Equal Treatment - Dealing with Conflict of Interests after Fabricom*. I: Public procurement law review. (2007), s. 99-115.
- Treumer, Steen *Technical dialogue prior to submission of tenders and principle of equal treatment of tenderers*. Public Procurement Law Review (1999), s. 147-160.
- Treumer, Steen *Flexible Procedures or Ban on Negotiations? I EU Procurement Directives – modernization growth & innovation*. Grith Skovgaard Ølykke, Carina Risvig Hansen Christina D. Tvarnø (Eds.) s. 35-50. København 2012.



Treumer, Steen og Erik Werlauff *The leverage principle: Secondary Community law as a lever for the development of primary Community law. I: European Law Review, Vol. 28, Nr. 1 (2003), s. 124-133.*

## 6.5 Andre kilder

Difi.no Brukerundersøkelse av anskaffelser.no som fagportal. [http://www.difi.no/sites/difino/files/anskaffelser-no-questback\\_1.pptx](http://www.difi.no/sites/difino/files/anskaffelser-no-questback_1.pptx) lysark nr. 4 (2011). [sitert 22.05.2015]

FADs veileder *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*. Utarbeidet av Det Kongelige Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartement, (2013) [http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelsesveileder\\_2013.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelsesveileder_2013.pdf) [sitert 23.04.2015].

Kloster, Torgrim *Ny fortolkningsuttalelse fra FAD* (2012) <http://www.kpmglaw.no/artikkel/ny-fortolkningsuttalelse-fra-fad> [sitert 15.05.2015].

Nærings- og fiskeridepartementet. Nærings- og fiskeridepartementets forslag til nye anskaffelsesregler av 17.mars 2015. <https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/horing--endring-av-lov-om-offentlige-anskaffelser/id2401043/>. [sitert 28.05.2015].

Tolkningsuttalelse fra FAD *Tolkningsuttalelse fra Fornyings-, Administrasjons- og kirkedepartementet*. (2012) [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelser/fortolkningsuttalelse\\_ms\\_lisenser.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelser/fortolkningsuttalelse_ms_lisenser.pdf) [sitert 28.05.2015].

Udbudsportalen.dk <http://www.udbudsportalen.dk/Ret-og-regler/Juridiske-artikler/Brug-af-referenceprodukter-til-beskrivelser-i-udbud/> (2007) [sitert 21.05.2015].